



٤٩	صحة الرهن على الدين	٤	وجوب الرهن على قضاء الدين
٤٦	تبرئة المدين في الدين	٥	كراهة نزول صاحب الدين على المدين الخ
٤٦	جواز اقتراض المدين	٥	فما لو اتجا المدين الى الحرم
٤٨	جواز اقتراض الجار	٦	وجوب السعي في قضاء الدين
٤٨	قضاء الدين	٨	مستثنيات الدين
٥١	ليس القرض او يجرى	١٠	عدم صحة العبادات الموسعة في اول وقتها
٥٣	لا يلزم شرط الاصل في القرض الا في شرط	١٠	المنافاة للأداء والكلام على مسألة الضمان
٥٥	لا يتأجل الدين الحال بزيادة مهل المدين	١٥	ما يجب على المدين عند عينة المدين
	ناسقاط بعضه	١٨	بحريم مطالبة المسر وحيلته
٥٦	لو قال ملكك وعليك رد عوضه أو اطلق	١٨	جواز انكار المسر الدين مع خوف الحبس
٥٧	هل يجب القبول لورد العين وان رخصت		بالاعتراف وجواز الحلف مع التورية ونية القضاء
٥٧	للمقرض المطالبة بالجميع وان أقرضه تفاريق	١٩	لو استدانة الزوجة النفقة الواجبة وجب على
٥٧	وجوب القبول لو دفع اليه تفاريق وان أقرضه بجلا		الزوج دفع العوض
٦٧	لو أسقط المدين أجل الدين	١٩	عدم صحة المضاربة بالدين قبل قبضه
٦٨	لو أسقط السلطان الدرهم المقرضه	٢٠	صحة بيع الدين على من هو عليه وغيره
٦٩	« ( المقصد الثاني في الرهن ) »	٢١	وجوب دفع جميع الدين الى المشتري وان كان
٦٩	معنى الرهن لغة وشرعا		التمن أقل
٧١	اشتراط الايجاب والقبول في الرهن	٢٣	جواز أخذ تمين الحر من الذمي في الجزية والدين
٧٤	لو شرط ما يتأفي عقد الرهن	٢٤	عدم صحة قسمة الدين الا بالحوالة
٧٥	لو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن الزوم	٢٨	عدم صحة بيع الدين بالدين
٧٥	صحة الرهن سفرا وحضرا	٣١	عدم صحة بيع أرزاق السلطان وسهم الخمس
٧٦	الرهن لازم من جهة الراهن خاصة		والزكاة الأبد القبض
٧٦	متى يجوز للراهن أخذ الرهن	٣١	استحباب القرض وفضله على الصدقة
٧٦	لا يجب دفع الرهن الا بالمطالبة	٣٢	اشتراط الايجاب والقبول في القرض
٧٧	شروط العين المرهونه وعدم جواز رهن المنافع	٣٤	اشتراط عدم الزيادة في القرض في القدر والصحة
٧٧	في ان رهن المدير ابطال لتدبيره	٣٦	جواز تبرع المقرض بالزيادة
٧٩	شرط رهن الخنثة في المدير يبطل التدبير	٣٧	اشتراط رد المكسرة عوض الصحيحة ونحوه
٨٠	عدم جواز رهن الدين	٣٧	لو شرط رهنا أو كفيلا أو رهنا بدين آخر
٨١	رهن غير الملوكة يف على الاجازة	٣٨	لو أقرضه بشرط ان يقتض منه أو يقرضه أو
٨١	لا يصح رهن مالا يملك كالحشرات والحل		يبنيه بمحاياة وغيرها

صحيحة	صحيحة
١٢٦ لوباع الراهن فطلب المرتهن الشفعة فهل هو آجل	٨٢ لا يصح رهن الارض المفتوحة عنوة
١٢٨ جواز اشتراط المرتهن الوكالة في المقدم لنفسه	٨٢ لا يصح رهن مالا يمكن قبضه
١٣٠ لو امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول	٨٣ لا يصح رهن المسلم أو المصحف عند الكافر
١٣١ لا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونه	٨٣ جواز رهن الحسناء عند الفاسق على كراهة
بل على الدين	٨٣ عدم جواز رهن الوقف والمكاتب
١٣٣ عدم صحة الرهن على ما سيصير ديناً	٨٤ حكم رهن أم الولد
١٣٤ التشريك بين الرهن وسبب الدين في عقد	٨٥ صحة الرهن في زمن الخيار
١٣٦ جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وعلى مال	٨٦ رهن الأم بدون ولدها الصغير
الجمالة بعد الرد وعلى النفقة الماضية أو الحاضرة	٨٨ رهن المشاع والمرتد والجاني
وعلى مال الكتابة	٩٢ رهن ما يسرع اليه الفساد
١٣٧ عدم جواز الرهن على الدية قبل استقرار الجنابة	٩٣ لو نذر العتق عند شرط فهل يصح رهنه قبله
١٣٧ عدم جواز الرهن على الاجارة المتعلقة بعين	٩٤ لو رهن عصيراً فصار خيراً في يد المرتهن
المؤجر	٩٥ لو جمع خيراً مرقاً فتخلل في يده
١٣٨ جواز الزيادة في الرهن بدين واحد وزيادة	٩٦ لو غصب عصيراً فصار خيراً ثم مخلل
الدين على مرهون واحد	٩٦ لو استعار مالا ليرهنه
١٣٨ تحقيق الحال في اشتراط القبض في الرهن	١٠٣ عدم صحة رهن المجهول
١٤٢ اشتراط اذن الراهن في القبض	١٠٤ لو غصب عيناً ورهنها أو باعها فصادف الملك
١٤٤ لا يشترط استدامة القبض	١٠٤ لو رهن ما يصح فيه الرجوع كالوهاب
١٤٤ كفاية استصحاب القبض وعدم لزوم تجديده	١٠٥ لو رهن الوارث التركة وهناك دين
١٤٦ لو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع	١٠٥ الخلاف في انتقال التركة للوارث مع الدين
١٤٦ لو رهن المفضوب عند الغاصب زال الضمان	١١٠ اشتراط كفاية الموجب والقابل وتملك الموجب
بالمقدم	أو حكمه
١٤٨ زوال الضمان عن الغاصب بايداعه واجارته	١١ جواز رهن مال الطفل مع المصلحة
١٤٩ عدم زواله باعارته وتوكيله في البيع والاعتاق	١١٣ لو استداناً ورهنها ثم قضى أحدهما
وابرائه من الضمان	١١٣ لو تعدد المرتهن وأحمد المقدم من الواحد
١٥٠ زوال الضمان بالارتهان عن المستعير المفراط أو	١١٤ عدم جواز التصرف في الرهن للراهن والمرتهن
المتنشط عليه الضمان أو القابض بالسوم	١١٦ لو تصرف أحدهما وقع موقوفاً لاعتق المرتهن
١٥٠ عدم اجبار الراهن على الاقباض الا أن يكون	١١٧ لو أفتك الرهن هل تلزم العقود
شرطاً في بيع فللبائع الخيار	١٢٠ لو أفتق الراهن باذن المرتهن أو بالعكس
١٥١ كيفية القبض	١٢٢ لو أذن له في الهبة ثم رجع قبل الاقباض
١٥٢ عدم صحة القبض الا من كامل وجواز الاستنابة	١٢٣ لو أجل الراهن الجارية المرهونة
فيه الاستنابة الراهن	١٢٦ لوباع الراهن باذن المرتهن

صحيفة	صحيفة
١٨٨ ما يدخل في الرهن وما لا يدخل	١٥٣ التصرف في الرهن بما يزيل الملك قبل القبض
١٩٠ لو رهن ما يخرج بغيره	رجوع
١٩١ لو جنى العبد المرهون	١٥٣ لو اقلب الرهن خرا
١٩٦ لو أكل المرتهن الرهن	١٥٤ الغائب لا يصير رهناً الا بالقبض
١٩٦ لو صارت البيضة المرهونة فرخاً	١٥٥ يحكم على الراهن باقراره بالاقباض ولو ادعى
١٩٧ مؤنة المرهون على الراهن	المواطاة فله الاحلاف
١٩٨ فيما لو رهن الغاصب	١٥٦ لا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك
١٩٨ في بدل الرهن الواجب بالجناية	١٥٦ لو رضيا يكون الدين في يد الشريك جار
١٩٨ المحاصم في بدل الرهن هو الراهن	١٥٧ تنازع الشريك والمرتهن
١٩٩ لو عفا الراهن عن الجناية على المرهون	١٥٧ لو حجر عليه لفسل لم يكن له الاقباض
٢٠١ لو أدى بعض دين الرهن	١٥٧ حكم القبض لو كانا ساكنين في الرهن
٢٠٢ لو رهن عبيدين	١٥٧ الاختلاف في القبض أو الاذن
٢٠٣ لو أدى أحد الوارثين نصف الدين	١٥٩ تلف بعض الرهن المشروط في البيع أو تعييه
٢٠٣ لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحد الوارثين	١٦٠ لو شرطاً وضع الرهن على يد غيرها
نصف الدين	١٦١ لو جعله على يد عداين
٢٠٤ لو قال المالك بع الرهن	١٦٢ عدم جواز نقله عن العدل المتفق عليه
٢٠٥ * مسائل النزاع *	١٦٢ لو كان المرتهن اثنين فمات أحدهما
٢٠٥ لو اختلفا في عقد الرهن	١٦٣ لو رده العدل عليها أو على الحاكم أو عدل آخر
٢٠٦ دعوى دخول النخل في رهن الارض	١٦٥ لو أمر العدل بالبيع عند الحلول الخ
٢٠٧ لو ادعى عليها رهن عبدها	١٦٨ جملة من فروع وضع الرهن عند العدل
٢٠٨ لو ادعى على واحد رهن عبده	١٧٧ لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن
٢٠٩ التنازع في أنه رهن أو ودیعة	١٧٨ حكم ابتیاع المرتهن للرهن
٢١٠ التنازع في ان الرهن العبد أو الجارية	١٧٨ تقديم المرتهن على غيره مع الحجر
٢١١ التنازع في رهن العبد أو هو مع الجارية	١٧٩ لا يضمن الرهن الا بالتفريط
٢١١ لو قال دفعت ما على الرهن من الدينين الخ	١٨١ لو تصرف المرتهن في الرهن
٢١٢ لو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين ونظائر	١٨٤ لو علم المرتهن جمود الوارث استقل بالاستيفاء
٢١٣ التداعي في الابراء وعدم الرد	١٨٤ لو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة
٢١٤ النزاع في قدر الدين	١٨٤ فيما يجب على المرتهن بالوطئ
٢١٥ التداعي في ان الرهن على المؤجل أو الحال	١٨٥ لو شرط كون الرهن مبيعاً عند تمذر الاداء
٢١٥ النزاع في التفريط وفي القيمة معه	١٨٧ في ان فوائد الرهن للرهن
٢١٦ النزاع في تقدم الرجوع عن الاذن للراهن	١٨٨ لو أدى ما ينقص أحد الرهين لم يجزله امساك
في البيع عليه وتأخرها	بالآخر

صحيفة	صحيفة
٢٦٧ لولي استئجار من يعمل	٢١٩ دعوى الرهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن
٢٦٧ استحباب بيع ما يطلب بزيادة وشراء الرخيص	الرهن
٢٦٨ ليس للاب أخذ الاجرة مع وجود التبرع	٢٢٠ دعوى الرهن الكذب في الاقرار
٢٦٨ لولي رهن مال الطفل والمضاربة به	٢٢١ لو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه
٢٦٨ هل الوصي الاتجار بمال الطفل بنفسه	الرهن خاصة أو المرتهن خاصة
٢٦٩ جواز ابضاع مال الطفل وبناء العقار له وشراؤه	٢٢١ لو اعترف المرتهن خاصة بجناية العبد أو الرهن
٢٦٩ عدم جواز بيع عقاره الا للحاجة	خاصة
٢٦٩ جواز كتابة رقيقه وعتقه على مال	٢٢٣ لو قال الرهن أعتمته قبل الرهن الخ
٢٦٩ جواز خلطه مع عياله في النفقة واستحباب ان	٢٣٢ لو اعترفا أو أحدهما بقبض العدل الرهن فأنكر
يحسب عليه أقل	٢٣٣ لو قال بملك السلعة بكذا فقال بل رهنها
٢٧٠ جواز جمعه في المكتب والصنعة	٢٣٣ ﴿ المقصد الثالث في الحجر ﴾ *
٢٧٠ جواز قرض ماله مع الخوف	٢٣٣ أسباب الحجر ستة
٢٧١ عدم جواز قرضه مع الأمن	٢٣٤ (الاول) الصغر
٢٧١ جواز قرضه ان أراد السفر	٢٣٥ زوال الحجر بالبلوغ والرشد
٢٧١ للاب والوصي الاستقابة	٢٣٥ ما يحصل به البلوغ
٢٧٢ قبول قول الولي	٢٤٣ الكلام في الرشد
٢٧٢ ( الثاني ) من أسباب الحجر الجنون	٢٤٤ لا تعتبر العدالة في الرشد
٢٧٢ أولياء المجنون	٢٤٧ ما يعلم به الرشد
٢٧٣ لولي الطلاق عن المجنون	٢٤٩ الأشكال في صحة العقد الواقع للاخبار
٢٧٣ لا ينفذ بيع المجنون ولو أذن الولي	٢٥١ لا يكفي الطعن في السن مع فقد الرد
٢٧٣ لولي تزويج المجنون مع الحاجة	٢٥١ الشهادة المثبتة للرشد
٢٧٣ ( الثالث ) من أسباب الحجر السفه	٢٥٢ صرف المال في الخير ايسر بتبذير
٢٧٣ المراد بالسفيه	٢٥٤ ما يتحقق به التبذير
٢٧٤ منع السفه من التصرفات المالية	٢٥٥ في أولياء الطفل والمجنون
٢٧٥ توقف حجر السفه وزواله على حكم الحاكم	٢٥٨ في ولي السفه
٢٧٧ شراء السفه بعد الحجر	٢٦٠ تصرف الولي مشروط بالقبطة
٢٧٨ جواز تصرف السفه باذن الولي	٢٦٠ للولي القصاص والعفو على مال
٢٧٨ اتلاف السفه مال الغير	٢٦١ لا يعتق الولي الا للضرورة ولا يطلق
٢٨٠ اقراره بالدين أو بما يوجب مالا	٢٦٢ لا يعفو الولي عن الشفعة ولا يسقطه الا الامع
٢٨٠ صحة تصرفات السفه الغير المالية	المصلحة
٢٨١ صحة توكيله في العقد	٢٦٢ ما يجوز للولي أكله من مال الطفل
٢٨١ السفه في العبادات كالرشيء الا الزكوة	٢٦٦ وجوب حفظ مال الطفل واستئمانه

فهرست مبحث الحجر

صحيفة	صحيفة
٣٢٠ لو اشترى عبدا نسيئة بشرط الاعناق	٢٨١ احرام السفية في الواجب والمندوب
٣٢١ لو وهب بشرط العوض ثم أقلس	٢٨٣ انعقاد يمينه وجواز عفوه عن القصاص
٣٢١ لو أقر بدين سابق	٢٨٣ (الرابع) من أسباب الحجر الرق
٣٢٢ لو أقر بدين وأسنده الى ما بعد الحجر	٢٨٣ منع المملوك من التصرفات عدى الطلاق
٣٢٣ لو أقر بعين	٢٨٤ حكم ما يستدينه العبد
٣٢٤ لو أقر بعين فكذبه المقر له	٢٨٧ العبد المأذون في التجارة
٣٢٤ لو ادعى أجنبي شراء عين في يده	٢٩٥ لا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية والحد
٣٢٤ لو قال هذا المال مضاربه	٢٩٦ (الخامس) من أسباب الحجر المرض
٣٢٤ لو باعه شخص أو أقرضه بعد الحجر	٢٩٦ الكلام في منجزات المريض
٣٢٤ لو جنى بعد الحجر أو أظف	٣٠١ الكلام في اقرار المريض
٣٢٥ في أجرة الكيال والوزان والحمال	٣٠٢ حلول الدين بموت المدين
٣٢٥ هل له الرد بالعيب والتفسخ بالخيار	٣٠٣ عدم حلول الدين بالحجر
٣٢٦ ليس له قبض دون	٣٠٣ كيفية تعلق الديون بالتركة
٣٢٦ لو استولد جاريته	٣٠٤ ثمرة الخلاف في تعلق الديون بالتركة
٣٢٦ لو أقر بمال وأطلق	٣٠٦ لو تصرف الوارث في التركة ثم ظهر دين
٣٢٧ لو أقام شاهدا بدين فخف أو نكل	٣٠٧ الوارث أحق بعين التركة ان أدى الدين
٣٢٧ لصاحب الدين الحال منع المديون من السفر	٣٠٨ الدية تحسب من التركة
٣٢٨ ينبغي المبادرة في بيع مال المفلس	٣١٠ (السادس) من أسباب الحجر الفلوس
٣٢٩ بقية الواجبات والمستحبات لبيع ماله	٣١٠ معنى الفلوس لغة وشرعا
٣٣١ لا يكلف الغرماء اثبات اتقاء غيرهم	٣١١ الحجر على من لا مال له في المتجدد
٣٣٢ لو اقتضت المصلحة تأخير قسمة ماله	٣١١ شرائط الحجر على المفلس
٣٣٢ ما يستثنى له من أمواله	٣١٢ احتساب معوضات الدين من جملة ماله
٣٣٣ لو ظهر غريم بعد القسمة	٣١٣ يحجر الحاكم لدين المجنون واليتيم دون الغائب
٣٣٥ لو ظهر المبيع من ماله مستحقا	٣١٣ قسمة أموال المفلس في الديون الحالة
٣٣٦ لو بذلت زيادة بعد الشراء	٣١٤ استحباب اظهار الحجر
٣٣٦ عدم وجوب الاكتساب لما يبق من الدين	٣١٤ منع المحجور عليه من كل تصرف مالي
٣٣٦ هل تباع أم ولده	٣١٦ عدم منعه من غير المالي
٣٣٦ هل تؤجر ضيعته الموقوفة	٣١٦ عدم منعه من تحصيل المال
٣٣٧ عدم توقف رفع الحجر على اذن الحاكم	٣١٦ عدم منعه من التدبير والوصية
٣٣٨ بيع المفلس على الغرماء أو غيرهم	٣١٦ هل تصرفاته المالية باطلة أو موقوفة
٣٣٩ المحجني عليه أولى بعبده من الغريم	٣١٨ عدم منعه من التصرف في الذمة
٣٣٩ تلف المال المودع قبل القسمة من مال المفلس	٣١٩ تعلق الحجر بماله المتجدد

﴿ فهرست مبحث الضمان والحوالة ﴾

صحيفة	صحيفة
٣٨٢ أحكام الضمان	٣٣٩ من وجد عين ماله تخير بين أخذها والضرب
٣٨٢ في ان الضمان ناقل	مع الغرماء
٣٨٣ هل للضامن الرجوع على المديون	٣٤٥ لو أفلس المستأجر فله مؤجر فسخ الاجارة
٣٨٥ صحة تراخي الضمان ودوره	والضرب مع الغرماء
٣٨٥ صحة اشتراط الاداء من مال بيمينه	٣٤٧ لو أفلس المؤجر للدابة
٣٨٧ من أدى دين غيره رجع مع الاذن لا بدونه	٣٤٨ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾
٣٨٩ لو صالح الضامن على الدين بأقل منه أو أكثر	٣٤٨ الضمان ينقل المال من ذمة الى ذمة
٣٨٩ أحكام الضامن لعهدة الثمن	٣٤٩ أقسام الضمان
٣٩١ ضمان درك ما يحدثه المشتري	٣٥٠ تعريف الضمان
٣٩٢ لو ضمن اثنان	٣٥١ ﴿ الفصل الاول ﴾ في الضمان بالمال من البري
٣٩٣ ضمان كل من المديونين ما على صاحبه	وأركانها
٣٩٥ ابراء المضمون له الضامن من بعض الدينين	٣٥٢ لا يصح التعليق واشتراط الخيار في الضمان
٣٩٦ لو تبرع بالضمان ثم سئل ثالثاً الضمان عنه	٣٥٢ يصح اشتراط تأجيل الحال في الضمان وبالعكس
٣٩٧ لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه	٣٥٦ شروط الضامن
بالبينة هل له الرجوع على الاصيل	٣٥٨ ضمان الزوجة وضمان المملوك
٣٩٨ لو أنكر المستحق دفع الضامن	٣٦٠ ضمان السفينة
٤٠٠ لو ادعى قضاء الدين المأذون له فيه فأنكر	٣٦١ ضمان الفلوس
المستحق	٣٦١ لو اختلفا في ان الضمان حال الاهلية
٤٠٣ ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾	٣٦٢ ضمان المكاتب والمريض
٤٠٣ تعريف الحوالة وشروطها	٣٦٢ الكلام في المضمون عنه
٤٠٦ صحة الحوالة على البري	٣٦٢ لا يعتبر رضا المضمون عنه في الصحة
٤٠٧ عدم وجوب قبول الحوالة	٣٦٤ صحة الضمان عن الميت
٤٠٧ الحوالة عقد لازم	٣٦٤ لا يشترط معرفة المضمون عنه بل امتيازها
٤٠٨ لو ظهر له فقر الحال عليه تخير	٣٦٥ الكلام في المضمون له
٤٠٨ الحوالة ناقلة للمال	٣٦٥ لا يشترط علم الضامن بالمضمون له
٤٠٩ صحة الحوالة على من عليه حق مخالف	٣٦٥ يشترط رضا المضمون له بالضمان
٤١٠ صحة تراخي الحوالات ودورها	٣٦٧ هل يشترط قبول المضمون له
٤١١ صحة الحوالة بما لا مثل له	٣٦٧ شرائط المال المضمون
٤١١ الحوالة بالثمن زمن الخيار وبمال الكتابة	٣٧٧ صحة ضمان المجبول في الجملة
٤١١ احالة المكاتب سيده بثن البيع	٣٧٩ لا يصح ضمانات ما تقوم به البينة ونحوه
٤١٢ لو قضى المحيل الدين المحال به	٣٨١ صحة الابراء من المجبول
٤١٢ لو ادعى المحيل شغل ذمة المحال عليه فأنكر	٣٨١ لو قال ضمانت من واحد الى عشرة

صحيفة	صحيفة
٤٤٧ لو أسلم الكفيل على الخمر أو أسلم أحد التريين	٤١٣ لو احتال البائع فردت السلعة بعيب
٤٤٩ لو خيف غرق السفينة فألقى بعض الركبان متاعه	٤١٧ لو احتال البائع على المشتري فتجدد النسخ
أو أمره بمضهم بالقائه	٤١٨ لو ظهر فساد البيع بعد الحوالة بالثمن
٤٥٢ لو قال طلقها وعليّ كذا	٤١٨ لو أحال بئمن العبد وصدناه على الحرية
٤٥٣ انتقال حق الكفالة الى الوارث	٤٢١ لو اختلفا في قصد الوكالة من الحوالة
٤٥٣ لو انتقل الحق عن المستحق برأ الكفيل	٤٢٣ لو قال احتلني فقال بل وكنتك وبالعكس
٤٥٣ لو أدى الكفيل الدين	٤٢٤ لو أجل القبض في الحوالة
٤٥٣ ( المقصد الخامس في الصلح )	٤٢٥ لو احتال البريء على مشغول الذمة وبالعكس
٤٥٤ تعريف الصلح	٤٢٦ الفصل الثالث في الكفالة
٤٥٥ فساد الصلح المحلل للحرام وبالعكس	٤٢٦ تعريف الكفالة وشروطها
٤٥٦ الصلح أصل بنفسه	٤٢٨ صحة الكفالة حاله وموجله
٤٥٨ صحة الصلح على الاقرار والانكار	٤٢٨ في المكفول
٤٥٩ لا يشترط في الصلح سبق الخصومة	٤٣٠ لا يشترط العلم بقدر المال
٤٥٩ لا يضر الجهل بالمصالح عليه	٤٣١ صحة كفالة المدعى عليه وبدن الميت
٤٥٩ يصح الصلح على العين والدين	٤٣١ اطلاق الكفالة يقتضي التعجيل
٤٦١ الصلح عقد لازم	٤٣١ وجوب ضبط الاجل مع اشتراطه
٤٦١ أركان الصلح وشروطها	٤٣١ التسليم في بلد القدم مع الاطلاق
٤٦٤ هل يجري الربا في الصلح	٤٣٢ جواز المطالبة بالمكفول في الحال مع عدم
٤٦٨ طلب الصلح ليس باقرار	التأجيل
٤٦٨ لو اصطح الشريكان على ان لاحدهما رأس	٤٣٢ ما يخرج به الكفيل عن العهدة
ماله والاخر الربح والخسران	٤٣٤ لو كان المكفول غائباً
٤٧١ المصالحة في التقدين ليست صرفاً	٤٣٤ لو امتنع الكفيل من احضار المكفول
٤٧١ صحة الصلح على العين والمنفعة بالجنس والمخالف	٤٣٦ لو قال ان لم أحضره فعلي كذا وبالعكس
٤٧٢ (تزامم الحقوق)	٤٣٩ لو مات المكفول له
٤٧٢ حكم التصرف بالنسبة الى الطرق النافذة	٤٤٠ لو أطلق غريباً من يد صاحب الحق
٤٧٤ أحكام الطرق المرفوعة	٤٤١ لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول
٤٨٢ حكم الجدار المنخص	٤٤٢ لا تكفل اثنان برجل أو تكفل لاثنين
٤٨٥ حكم الجدار المشترك ونحوه	٤٤٣ لو ادعى ابراء المكفول
٤٨٧ لا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة	٤٤٤ صحة الترامي في الكفالات
الجدار الحامل للعلو	٤٤٤ لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه الخ
٤٨٧ قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً	٤٤٥ لو قال كفلت كبده أو يده الخ
٤٨٩ بعض أحكام الجدار المشترك	٤٤٦ لو هرب المكفول أو غاب



صحيفة	صحيفة
٥٠٠ جواز جعل الخدمة عوضاً في الصلح	٤٩٠ أحكام ما لو كان المولود شخص والاسفل لآخر
٥٠١ تنازع الزاكب وقابض اللجام	٤٩٠ اشتراك البئر والقناة
٥٠٢ تنازع ذي الحمل على الدابة وغيره	٤٩٠ مستحق اجراء المال في ملك غيره
٥٠٢ التنازع على ثوب في أيديهما	٤٩٠ حكم السقف المشترك
٥٠٢ التنازع على الغرفة	٤٩١ مستحق وضع الخشب على حائط الغير
٥٠٣ مصالحة الاجنبي عن المنكر	٤٩١ لو وجد بناءه أو نحوه في ملك الغير وجعل
٥٠٣ مصالحة الاجنبي المدعي لنفسه	- السبب
٥٠٤ لو خرجت اليه أغصان الجار	٤٩٢ عدم جواز بيع الهواء ونحوه
٥٠٥ العروق الممتدة والحائط المائل	٤٩٢ ( مسائل النزاع )
٥٠٥ صحة الصلح عن المجهول	٤٩٢ لو ادعى عينا في يد آخر بسبب يوجب التشريك
٥٠٥ صحة الصلح عن كل ما يتخذ عنه العوض	فصدق أحدها تشاركاً
٥٠٦ الصلح عن القصاص بعد مستحق أو حر	٤٩٤ لو تغاير السبب فلا تشريك
٥٠٦ لا يصح الصلح عما لا يجوز أخذ العوض عنه	٤٩٦ لو ادعى أحدهما الدرهمين والآخر نصفهما
٥٠٧ لو تداعيا جداراً بين ملكيهما	٤٩٧ لو امتزج الدرهم والدرهمان عند الودعي
٥٠٩ تنازع صاحب العلو والسفل	٤٩٨ لو اختلط بمزج الاجزاء كالدهن
٥١٠ تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا	٤٩٨ لو اشبه الثوبان مالكيين
في العرصة	٥٠٠ جواز كون عوض الصلح السقي
٥١٢ التنازع في المسناة بين المالكين	٥٠٠ جواز الصلح على اجراء الماء على سطحه

﴿ تمت الفهرست ﴾

٥٨٠٦

الصلح

المجلد الخامس

من

# كتابه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة

أوله كتاب الدين تصنيف المولى العلامة

الحق المدق المتبحر المقن

السيد محمد جواد بن محمد

بن محمد الحسيني العاملي

المجاور بالنجف الأشرف

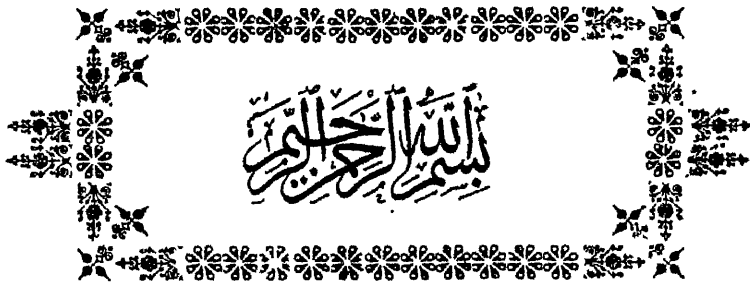
حياوميناقدس الله سره

آمين

• وفي هامش كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور



﴿ كتاب الدين ﴾ وتوابه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان (الاول) تكره  
الاستدانة اختيارا (متن)



الحمد لله كما هو اهله والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المصومين ورضي الله عن  
علمائنا ومشايخنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما وفق الله سبحانه بفضلته واحسانه اليه واعان  
بمنه وكرمه وحسن تجارزه عليه من اجزاء (مفتاح الكرامة) في شرح قواعد العلامة اعلا الله مقامه تأليف  
الاقول الاذل محمد الجواد الحسيني الحسيني العالمي عامله الله سبحانه بفضلته في الدنيا والاخرة  
﴿ كتاب الدين وتوابه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان ﴾

قال في (المصاحح) ابو عبيد الدين واحد الدينون يقال دنت الرجل اقرضته وهو الذي يظهر من مطاوي  
كلام النهاية وفي (المصاحح المنير) الدين لغة الترض وضمن المبيع فالصداق والغصب ليس بدين لغة بل  
شرعا على التشبيه وفي (القاموس) الدين ما له اجل وما لا اجل له فترض وفي (جامع الشرائع) الدين ما ثبت  
في الذمة بقرض او بيع او اتلاف او جناية او نكاح او نفقة زوجة او سبب جناية من يعقل عنه فكل  
قرض دين ولا عكس (وفي الوسيلة) القرض كل مال لزم في الذمة بعقد عرضان مثلا والدين كل مال  
لزم في الذمة عرضان غير مثله وفي (جامع المقاصد) في الدين اثنا عشر كلام نافع في المقام جد استسمعه  
والمصنف جعل في الدين مطلبين ثانين في القرض قضيته ان الدين واقع على كل ثابت في الذمة سواء  
كان قرضا ام لا وسائر له في الفرع الثالث عشر ما يابح او تطهر منه المخالفة لها هذا قوله ﴿ تكره  
الاستدانة اختيارا ﴾ كما في (السرائر والغنية وجامع الشرائع والنذكرة والتحرير والارشاد والدروس  
وجامع المقاصد والمفتيح ومداية الحر) وهو ظاهر النهاية حيث قل لا يثبت ونقل عنه في (المختلف) انه قل  
يكره وهو ظاهر (المخالف) ايضا من وجه آخر (وفيه) ايضا ان المشهور كراهية الدين مع الفنا وفي  
(تجريد البرهان) ان الاكثر على الكراهية مطلقا لا ما استثنى وامل دايهم على شدة الكراهية مع الاختيار  
مع عدم ما يرجع اليه امتضائه وعدم الولي الاخبار الدالة على المنع واستعرف حالها وعلى الجواز الاصل  
وحصول التراضي وآية الدين وآية الرهن وادلة السلف والنسبته وخصوص اخبار الباب مع الشهرة فجمع  
بينها بالكراهية ومعنى الاختيار الغنى عنه وعدم الحاجة اليه وتفاوت الكراهية بالشدة وضدها كما استعرف

## ﴿ في كراهة الاستدانة ﴾

وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه ( متن )

ولعل مرادهم بالدين المستفاد من الاستدانة ما اشغل الذمه كما اشار اليه في ( جامع الشرائع ) فيدخل البيع سلفا ونسيئة بل وتقدا اذا لم يحضر الثمن الا ان يخص بما لا يكون حالا مقصودا ادائه في الحال عرفا كما سمته عن ( القاموس ) ويمكن ان يكون مرادهم به القرض كما هو موجود في كلام جماعة ويؤيده ما في ( الصحاح ) لكن الادلة باطلاقها اعم من ذلك ﴿ قوله ﴾ وتخف الكراهية لو كان له ما يرجع اليه لقضائه ﴿ كما هو صريح ( الدروس وظاهر التحرير ) حيث قال الاولى تركه وظاهر ( النهاية والسرائر وجامع الشرائع ) ان لا كراهية حينئذ ولعله لما دل كما ستسمع على الجواز مطلقا غير متيد بالحاجة ولا بإمكان الوفاء ولا بالذي كان له من يقضي عنه ظنا او علما فكيف اذا كان مع احد هذه الثلاثة مضافا الى ادلة السلف والنسيئة وحصول التراضي وغيرها وقد نفي في ( التذكرة ) الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء او كان له من يقوم مقامه في الاداء ويشهد لذلك قول الصادق عليه السلام في رواية سلمه ولا يستقرض على ظهره الا وعنده وفاء ( وقوله عليه السلام ) بعد ذلك الا ان يكون له ولي يقضي عنه من بعده وليس منا من يموت الاجمل الله عز وجل له وليا يقوم في عدته فيقضي عنه عدته ودينه لكن هذه الرواية دلت على كمال المبالغة في الكراهية حيث دلت على ان السؤال والطواف على الابواب يتقدم على الاستدانة مع شدة ماورد في المنع عن السؤال ( وأما قوله ) في صحيحة معاوية بن وهب انما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك يعني عدم الصلاة على الانصاري الذي مات ليعطوا ويرد بعضهم على بعض ولثلا يستخفوا بالدين وقدمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه دين ومات الحسن عليه السلام وعليه دين وقتل الحسين عليه السلام وعليه دين فقد يدل على ان المنع للمبالغة ولهذا اول فعله صلى الله عليه وسلم بما ذكر ولم يذكر عدم الحاجة ولا عدم ما يرجع اليه لقضائه ولا عدم من يقضي عنه ( نعم ) قد يستفاد من رواية سلمه ونحوها عدم شدة الكراهة مع وجود هذه الثلاثة ( فليتأمل ) وفعلهم صلوات الله عليهم يحتمل أحد الأمرين المذكورين في خبر سلمه أو كليهما بناء على زوال الكراهية بأحدهما مع الحاجة أو يكون لمحض الدلالة على الجواز أو رفع الشدة والحاجة الى حمله على الضرورة وشدة الحاجة كما في ( التحرير والدروس وجامع المقاصد ) وفي ( الدروس والمفاتيح ) ان الكراهية تخف أيضا اذا كان له ولي يقضي عنه وقد يلوح ذلك من ( التحرير ) وظاهر ( النهاية وجامع الشرائع ) زوال الكراهية اذا كان يعلم انه اذا مات قضي عنه وليه وهو الذي فهمه من ( النهاية ) المصنف في ( المختلف ) وقد سمعت ما في التذكرة وقد اعترض في ( السرائر ) كلام النهاية فقال انه غير واضح لان الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولي له بلا خلاف ورده ( في المختلف ) بأن الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولي وانما عول في زوال الكراهية على ما رواه سلمه وساق محل الشاهد من الرواية ورده أيضا في ( الدروس ) قال وكذا أي تخف الكراهية لو كان له ولي يقضيه وان لم يجب عليه فزال مناقشة ابن ادریس لان عدم وجوب القضاء لا ينافي وقوع القضا ( وفيه ) ان زوال مناقشة ابن ادریس بما قاله غير واضح بل بالرواية ونفي الحرج ( ولعلم ) ان اطلاق عبارة الكتاب والدروس يقتضي كراهية الاستدانة كراهية مخففة اذا كان له ما يرجع اليه لقضائه سواء كان غنيا أو محتاجا وقد تشعر بنحو ذلك عبارة التحرير وقد سمعت آتفا ما في ( التذكرة ) من نفي الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء أو ولي واعتمده صاحب ( جامع المقاصد ) وقد يكون قيد الاختيار في المسئلة الاولى

وتزول مع الاضطرار اليه فيقتصر على كفايته ومونة عائلته على الاقتصاد ويجب العزم على القضاء (متن)

مأخوذاً هنا في عبارة الكتاب ونحوها كما هو الظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتزول مع الاضطرار اليه ﴾ كفاي (السرائر وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والدروس) وهو معنى قوله في (التذكرة) وان اشتدت زالت وهو ظاهر (النهاية) وقد يلوح من (الغنية) ودليله العقل وظاهرهم انه لما فرق بين أن يكون له وفاء أو ولي وعدمه ولم يعلم من فعله صلوات الله عليه ولا من فعلهم صلى الله عليهم انه كان للحاجة كما أشرنا اليه آنفاً وقد يدل خبر سلمه على عدم زوالها بالسكاية مع الاضطرار اذا لم يكن له أحد الامرين لانه قدم فيه سؤال اللقمة والتمتين والتمرة والتمرين على الدين وان أرادوا بالاضطرار خوف التلف وجبت « فنأمل » وقال (الرضاع عليه السلام) فان غاب عليه فليستدنى على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم ما يقوت به عياله (ويلعلم) انه لو تمكن من الصدقة حيث لا ولي ولا وفاء كرهت له الاستدانة وان اضطر في وجه قوي يرشد اليه خبر سلمه وفي (التذكرة) ان سؤال الناس حينئذ أولى من الاستدانة وفي (النهاية والسرائر والتحرير والدروس) ان قبول الصدقة للمستحق أولى من الاستدانة ونحوه ما يأتي للمصنف ولو خاف التلف ولا وجه له سواها وجبت كفاي التذكرة وغيرها واذا توقف قضاء حاجة المؤمن من مالا مع القدرة على الاداء بسهولة وسرعة استحت واذا قصد التوسعة مع القدرة كذلك كانت مباحة واذا لم يقدر على الاداء لاحالا ولا مؤجلاً اعدم شيء عنده وعدم قدرته على الكسب ونحوه مما يحصل به الاداء عرفاً مع عدم الحاجة بالفعل وعدم اطلاع المدين على حاله حرمت وكذا مع نية عدم الاداء وعلى الاول يمكن حمل قول أبي الصلاح وأبي المسكلم بالحرمه اذا لم يكن فادراً على قسائه والذي يقضيه النظر باعتبار الفواعل ومراعاة الاخبار ان انقدر المحتاج اليه نفسه وعاله لا كراهية فيه مع وجود الوفاء او الولي وما عداه بكرة بغير تارة. وأخبار الدين رابع ما من صرح غير صريح كقول (الصادق عليه السلام) نهوذ بالله نذابة الدين رغبة الرجال رواد الام أولاً صحح ولا صريح كلاً لانه بار المره ية عنه صلى الله عليه وسلم وعن أم المؤمنين والصادقين عليهم السلام (زمنها) خبر سلمه الدال على سدة الكراهة أو الابع وعلى زوالها أو خفتها مع الولي أو القدرة على الوفاء كما عرفت والصميرف النهي الذي ارتاح الى الدين المستفاد من الاستدانة - فله تيسر على كفايته وهو نوع الاداء وفي (النهاية) وعند الضرورة لا يستدن الامتداد حاجته اليه من نتمه ونتمه عاله وفي (السرائر) لا يستدين الا بمقدار حاجته وكفايته على الاقتصاد من نتمه ونتمه عاله من يحمله نتمه ولا يخفى ان مرتبة السكاية والحاجة دون مرتبة الاقتصاد والاقتصاد دون مرتبة التوسعة فيحتمل أن يكون الاقتصاد في عبارة الكتاب قيدياً في الامرين أو كراهية ومرته عياله فبراد بالكفاية حيثما الكفاية حاداً فترادف الاقتصاد كون الاضاح ويحتمل أن يكون تيرادف الآخر فيكون المراد أنه يقتصر في الاستدانة على ما يدفع به حاجته وان لم يبلغ مرتبة الاقتصاد باليه اي واما بالنسبة الى عياله فيستدين ما يباع به مرتبة الاقتصاد ولا يتجاوز الى التوسعة (ههنا) ذكر يعرف توجيهه ان النهاية والسرائر - قوله ﴿ ويوجب العزم على القضاء ﴾ كفاي (المراسم والسرائر) والتذكرة والارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) وهو معنى ما في (المقنع والنهاية وجامع الشرائع) من انه ان لم يتم كان سارقاً وهو مضمون ما في المصنوع من ان من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة

ويكره لصاحب الدين النزول عليه فان فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة ايام وينبغي له احتساب ما يهديه اليه مما لم يجز له به عادة من الدين والافضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته (متن)

السارق ولما كان القضاء واجبا كان العزم عليه كذلك وفي (جامع المقاصد) يدل عليه النص والاجماع وفي (المسالك) ان ذلك من أحكام الايمان وفيه نظر ظاهر (١) نعم اعتقاد وجوب الاداء من أحكام الايمان لا قصد الاداء وفعل الواجب والا لكفر من اعتقاد وجوب الصلاة ولم يقصد فعلها أو لم يفعلها ولعل معنى العزم على اقتضائه ان يجب عليه الوفاء عند الطلب والامكان بمعنى انه يكون في قصده اذا خطر بباله ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المدين حاضرا أو غائبا وان كان يتوهم من عبارة الشرائع خلاف ذلك ﴿ قوله ﴾ ويكره لصاحب الدين النزول عليه ﴿ للصحیح غيره واجماع (الغنية) ولما فيه من الاضرار وبه صرح في (النهاية والسرائر والتذكرة) وغيرها والضمير راجع الى المديون وان لم يجز له ذكر ﴿ قوله ﴾ فن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة ايام ﴿ كما في (النهاية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) للموثق وغيره واجماع العشية وعن أبي الصلاح انه يحرم الزائد في رواية سماعة لا يأكل من طعامه بعد ثلاثة ايام وهو محمول على الكراهية الشديدة ﴿ قوله ﴾ وينبغي له احتساب ما يهديه مما لم يجز له به عادة من الدين ﴿ كما في (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) وغيرها الامراء امير المؤمنين عليه السلام بذلك وهو على الاستحباب قطعا لان المدينة يجوز قبولها مطلقا كما في (جامع المقاصد) وفي (لدروس والمفاتيح) يسمى له احتساب ما يهديه وما لم يجز له به عادة به الحجة على ذلك الموفى ومفهوم الخبر ان كان يصلح قبل أن تدفع اليه مالك فات نعم فال فخذ منه ما يطلبك وفي (الغنية) الاجماع على كراهية فيقول هديته لا يجز له الدين وعلى ان الاولى به اذا قبلها الاحتساب بهما من جملة ما عليه ﴿ قوله ﴾ ولما تجزأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته ﴿ كما في (السرائر والتذكرة وجامع المقاصد والتحرير والدروس) ومعنى الاجماع انه دخل اليه مته سلبا وشاربا من المطالبة وعليه حمل في (السرائر) عبارة النهاية حيث قال في (الدايا) ذا رأى صاحب الدين المدين في الحرم لم تجز مطالبته ولا ملازمته ونحوه ما حكي عن علي بن ابيويه اذا كان على رجل حرم فوجد به بكة أو في الحرم فلا تطالبه ولا تسلم اليه فتنزعه الا أن تكون أعطيته منك في الحرم فلا بأس أن تطالبه في الحرم وال في (السرائر) وما ذكره وأورده شحما في (نهايته) يجب أن يعمل المدين صاحب الدين طالب المدين خارج الحرم ثم هرب منه وانجأ الى الحرم فلا يجوز لصاحب الدين مطالبته ولا افراعه فاما اذا لم يهرب الى الحرم ولا اتجأ خوفا من المطالبة بل وحده في الحرم وهو على ماله مؤسر بدينه فله مطالبته وملازمته (وقول ابن ابيويه) الا أن تكون أعطيته حتمك في الحرم فلك أن تصالبه في الحرم يلوح بما ذكرناه به على ما حرره ولو كان ما روى صحيحا لورد ورود أمته متواترا والصحابه وائمة والمسلمون في جمع الاعصار يتحاكمون الى الحكام

« ١ » مراده على الظاهر انه من لوازم الايمان ومقتضياته لمن عمل بمتنزهه وان مقتضى الايمان بالله تعالى العزم على فعل الطاعة وترك المعصية ولا يستلزم ذلك ككفر من خالف هذا المتنهي كما لا ينبغي (محسن السني العالي)

أما لو استدان فيه فالوجه الجواز ويجب على المدينون السعي في قضاء الدين (متن)

في الحرم ويطالبون الغرماء بالديون ويجبس الحاكم على الامتناع من الاداء الى عصرنا من غير تناكر بينهم في ذلك واجماع المسلمين على خلاف ذلك ووافق ما اخترناه وهذا معلوم ضرورة أو كالضرورة الى آخر ما قال وهو صريح التحرير أيضا ولكن في (الفنية) الاجماع على انه لا يحل له المطالبة على حال وعلى هذا فيحمل ما في (السراثر) على سيرة المخالفين لانه من يوم مات صلى الله عليه وآله لم يكن لنا قضاة ولا حكام « فتأمل » وفي (جامع الشرائع) ولا يطالبه في الحرم ولا يسلم عليه فيه لثلاث برونه حتى يخرج وقد يحمل كلامها على ما حمل عليه كلام النهاية (١) وفي (المختلف) تكره المطالبة ان أدانه خارج الحرم وان أدانه فيه لم يكرهه وفي (الدروس) انه قول نادر وألحق القاضي والتقي مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمشاهد المشرفة بالحرم وهو الموافق للاعتبار وقال جماعة انه يضيق عليه في المطعم (المأكل غل) والمشراب بأن يمنع من أسباب النقل وقد تقدم مثله في باب الحج فيمن التجأ الى الحرم وعليه حد أو تعزير أو قصاص وتعام الكلام في المطالبة يأتي انشاء الله في الفرع السادس قوله ﴿ اما لو استدان فيه فالوجه الجواز ﴾ كافي (التذكرة والايضاح وجامع المقاصد) وهو الذي سمعته عن علي بن بابويه وقد سمعت ما في (السراثر) وهو ظاهر كل من قال ولو التجأ الى الحرم لم تجز مطالبة لان المستدين في الحرم احد قسمي غير الملتجئ ودليله ان سبب المطالبة وهو الاستدانة قد تحقق في الحرم وانه لولاه لزم الحرج لافضائه الى منع المداينة في الحرم لان المدين اذا علم منعه من المطالبة امتنع من (عن خ ل) الادائه وفي ذلك ضرورة وتصديق على الناس ولان الجناية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها والدين اولى لانه اخف فتأمل قوله ﴿ ويجب على المدينون السعي في قضاء الدين ﴾ كما في (النهاية والسراثر) وظاهر اطلاقهم وجوب السعي حتى بالتكسب وهو الموافق لما في (الوسيلة وجامع الشرائع والمختلف واللمعة والروضة وجمع البرهان) حيث قيل فيها امر بالاكتساب وفي (الدروس والروضة) انه يجب عليه التكسب بما يليق به أي بالمدينون ولو كان باجارة نفسه وعليه تحمل الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام واستحسنه في (المسالك) وقواه في (جامع المقاصد) كانه يوافق ما حكى عن عميد الدين انه يجب على المدينون السعي اذا جرت عادته بالسعي وكذا لو لم تجر عادته اذا لم يستضر وقد تحمل (عبارة الكتاب والنهاية والسراثر) على غير السعي بالتكسب كان يواجز دار غلته الموقوفة عليه ودابته كذلك وام ولده الموقوفة عليه على تأمل في ذلك لان في المبسوط في موضعين منه (والخلاف والسراثر والشرائع والتذكرة) في موضعين منها (والتحرير والتبصره) وفلس الكتاب وظاهر (الارشاد) انه لا يجب عليه التكسب ولا يجبر عليه وهو (خيرة غاية المرام والكفاية) بل صرح في اكثر هذه انه لا يجب عليه قبول الصدقة والوصية ولا القرض ولا تجبر المرأة على التزويج لتقبض المهر وتفي الدين ولا هو على خلع زوجته ولا على

(١) وان أتى على ظاهره كان مسندهما قوله جل شأنه ومن دخله كان آمانا فانه يقضى ببطلان سببية المطالبة وهي الاستدانة لكونه في الحرم وفيه انه اذا لم يستحق المطالبة حين القرض لم يستحقها أصلا لانتفاء سبب آخر يقتضيها ثم انه ليس التمسك بهذا العموم في هذا الهرد بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحتماق المطالبة بالدين والاجماع المنعقد على ذلك خرج منه ما اذا التجأ وبقي الباقي مضافا الى ما استمع عن قريب (منه قدس سره)

وترك الاسراف في النفقة بل يفتن بالقليل (١٠٦)

الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاختتام والتلصص في دار الحرب وقتل الابطل وسلب ثيابهم  
وسلاحهم وقد نفى الخلاف عن ذلك كله الشيخ في (المبسوط) (١) وفي (التذكرة) لو جنى عليه أو على  
عبده جان لا يجب عليه ان يعفوا على مال وفي قصاص (المبسوط) والتحريم والارشاد والمسالك (ان له العفو  
مجانا وفي (غاية المرام والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية) ان المشهور انه لم يجز (يجب خ ل)  
دفعه الى غرمائه ليستعملوه وفي (الغنية وظاهر السرائر) الاجماع على ذلك والمشهور كما في (المسالك  
والكفاية) انه لا يجوز الزامه وموآجرته وهو كذلك وقد طفت عباراتهم بذلك وذلك نوع من التكسب  
كما هو ظاهر جماعة كثيرين كاشيخ في (الخلاف) وابن زهره في (الغنية) والمصنف في (المختلف)  
والشهيدي في (اللمعة) حيث جعلوا المستثنين من سنخ واحد وهو كذلك الا ان تقول ان الزامه  
ومطابته وموآجرته واستعماله غير وجوب التكسب عليه واجباره عليه قلت هو كذلك بالنسبة الى غير الاخيرين  
وفي (التذكرة) الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وجسه ولم يتعرض لموآجرته لكنه يظهر من  
بعضهم في كتاب القضا الفرق بين وجوب التكسب وبين تسليمه الى غرمائه ليستعملوه ويتسلطوا على  
منافعه باجارة ونحوها وقد استوفينا الكلام هناك اكمل استيفاء (حجة) القائل بوجوب التكسب  
عليه لقضاء الدين (ماروي عن علي عليه السلام) بطريق السكوني انه كان يحبس في الدين ثم ينظر  
فان كان له مال اعطي الغرماء وان لم يكن دفعه الى غرمائه فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم فأجروه  
وان شئتم استعملوه وهو يدل على وجوب التكسب في وفاة الدين وأن قضاء الدين واجب على القادر  
مع المطالبة والتكسب قادر ولهذا يحرم عليه الزكاة لان المانع تجري مجرى الاعيان وحينئذ فهو خارج  
من الآية وانه يلزم الضرر والاضرار ولم يوجب عليه التكسب وان فتح باب عدم الوجوب يلزم فساد  
كثيرة (وحجة الفتل بالعدم) لاصل وظاهر الآية وخبر غيث بن ابراهيم عن الباقر والصادق عليهما  
السلام ان عايا عابه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له افلاس الرجل وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد  
مالا واستعدت امرأة على زوجها عند امير المؤمنين عليه السلام انه لا يفتق عليها وكان زوجها معسرا  
فبني ان يحبه وقال ان مع العسر يسرا ولو كان التكسب واجبا لامرده ولمدفع لا تحري مجرى المال  
في جميع الاحكام وروى ابو سعيد الخدري من طرق العامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خذوا  
ما وجدتم ايس لكم الا ذلك ولما حجر على ما زاد على ما لم يزد على بيع ماله والشهيرة تجبر ما هناك من ضعف  
وقد رد في (السرائر) خبر السكوني بانه غير صحيح ولا مستقيم لانه يخالف لاصول مذهبنا وشعركم  
النزول (وذاستوفينا الكلام) في هذه المسئلة واطرافها في اب افتت وجمعنا بين الاخبار وتلما جمع  
الاورال وبتنا الحال بما لا يزيد عليه وما ذكرناه في المنام نبذة من ذلك على حسب ما اقتضاه المتام وتد  
تقدم في المكاسب ان الواجب منها ما يحتاج اليه لقوته وقوت عياله ولا وجه له الا الاكتساب ويقي  
بعض الكلام في باب الفلاس قوله ﴿ وترك الاسراف في النفقة بل يفتن بالقليل ﴾

(١) وفي قصاص السرائر والشرائع والتحريم والارشاد والمختلف والروضة والمسالك وجمع البرهان بانه اذا مات  
وعليه دين يجوز لورثته الفصا وان لم يضمنوا الدين للغرماء وهذا يناسبه نحن فيه ايضا (مفسس سره)



ولا يجب ان يضيق على نفسه ولو طواب وجب دفع ما يملكه اجمع عدى دارالسكنى وعبد  
الخدمه وفرس الركوب وقوت يوم وليلة له ولعياله ان كان حالا ( متن )

ولا يجب ان يضيق على نفسه ﴿ ولعله اراد ما في الوسيلة من انه يأمر بالاكتساب والاتفاق بالمعروف على  
نفسه وعياله وصرف الفاصل في الدين ونحوه ما في ( جامع الشرائع ) من انه يفتصد من دون صرف  
ولا تقتير وما فضل لدينه وفي ( التحرير ) يجب عليه ترك الاسراف في النفقة ويقتصد بها  
ولا يجب عليه التقتير ومثله ما في ( الدروس ) مع زيادة ان الاقرب انه يستحب له التقتير اذ ارضى عياله  
ولعل المراد بالافتصاد في الكتب الثلاثة هو المراد من قول المصنف بل يقنع بالقليل فيكون الممنوع  
منه التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وان لم يعد اسرافا وبهذا تندفع المخالفة بين مفهومي تحريم الاسراف  
والقناعة بالقليل اذ مفهوم الاول حل ما عداه ومفهوم الثاني تحريم ما سواه ويعد ان يراد بالقليل اللبيل  
الذي يسد رمقه بالنسبة الى نفسه وان كان بالنسبة الى عياله يراعى الاقتصاد لكن في ( الهامة ) ينبغي ان  
يقنع بالقتد ولا يجب عليه ان يضيق على نفسه بل يكون بين ذلك قواما ومثله ما في ( السرائر ) غير انه  
ابدل يقنع بتوسع وفي ( جامع المقاصد ) الذي يفرضه المظن وجوب الكف عما عدى المستنى له من قوته وقوت  
عياله بالمعروف ولا يجب عليه ان يتنع بما دون ذلك ﴿ قوله ﴾ ولو طواب وجب دفع ما يملكه  
عدى دارالسكنى وعبد الخدمه وفرس الركوب وقوت يوم وليله له ولعياله ان كان حالا ﴿ كما في ( التذكرة  
وجامع المقاصد ) مع زيادة ثياب بدنه في الاخير وهو الظاهر من ( التذكرة ) في اثنا عباراتها واقتصر  
في ( الهامة والوسيلة وجامع الشرائع ) على استثناء الاولين فقط وفي ( السرائر والتحرير والدروس )  
على استثناءهما واستثناء قوت يوم وليله له ولعياله ولم يذكر فرس الركوب واستمع ان في الغنية الاجماع  
عليه نعم زاد في الدروس باب البدن وفي ( التذكرة ) الاجماع على انه لا يجوز بيع دارالسكنى ونسب  
الخلاف في الخدم الى الامامه وظاهره اتفاقنا على استثناءه قلت والمصوص يتصافرة باستثناء دارالسكنى  
وحسنة الحلبي دالة على استثناء الجارية وتسمع ما في ( المبسوط والغنية ) من الاجماع وقال الصدوق  
كان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله تعالى عنه يروي انها ان كانت الدار واسعة يكتبني صاحبها ببعضها  
فعليه ان يسكن منها ما يحتاج اليه ويقضى ببقيتها دينه وكذلك ان كتمته دار بدون تمنها باعها واسترى  
بشئها دارا يسكنها ويقضي ايضا بالثمن دينه وفي ( الروضة ) لو رادت هذه الاشياء في احد الوصفين  
يعنى الكم والكيفية وجب الاستبدال والاقتصار على ما يليق بحاله وانه لو احتاج الى المتعدد استثنى  
كالمثد ومنع في ( التذكرة ) من بيع الدار والخدم وتكليفه شراء ادون منها واستند الى الاصل وعموم  
النهي عن بيع هذه الاشياء وقول ان كان في دار سكناه فضلة يستغني عنها وجب بيع تلك الفضلة لعدم  
الضرورة والحديث مسنده ونص على الاخير جماعة منهم صاحب الجامع ( وفي جامع المقاصد ) لو كانت ثياب  
لديه ناسا لا يقه بحاله لم يجب بيعها وان قوت اليوم والليله له ولعياله بالاقتصاد من غير تفاوت  
بينه وبينهم هذا كلامهم في باب الدين والظاهر عدم الفرق بين المملس وغيره من المدينين في اكثر  
هذه كما في مجمع البرهان) واما كلامهم في باب المملس ففي ( المبسوط والغنية ) الاجماع على انه لا يتباع  
داره التي يسكنها ولا خادمه الذي يخدمه وزاد في ( العبد ) الاجماع على عدم بيع داته التي يجاهد  
عليها ولم تذكر فرس الركوب في غير فانس ( التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروضة ) كالمبسوط

﴿ في مستثنيات الدين ﴾

وغيره (نعم) ذكر فيه وفي غيره زيادة على الدار والخدام ثياب بدنه كما في (المبسوط) وغيره وثياب تجمله كما في (الارشاد والمختلف واللمعة) وغيرها وكسوته كما في (الشرائع) وحكي عن ابي علي انه يستحب ان لا يطلب الغراء بيع الدار والخدام وثياب التجمل وفي (المبسوط) ايضاً يجب ان يكسى ويكسى جمع من يجب عليه كسوته من زوجته واقاربه اجماعاً وقدرها ماجرت به عادته من غير سرف وقد حد ذلك بقميص وسراويل ومنديل وحذاء لرجله وان كان من عادته ان يتطلس دفع اليه طيلسان وان كان برداً شديداً زيد في ثيابه محشوة واما جنسها فانه ايضاً يرجع فيها الى عادة مثله من (مع خل) الاقتصاد ونحوه ما في (التذكرة) وفي (المبسوط) ايضاً انه لا خلاف في انه يجب عليه ان ينفق عليه وعلى من يجب نفقته من اقاربه وزوجته ومماليكه من المال الذي في يده ولا يسقط عنه نفقة واحد منهم وقال في (الكفاية) انهم قالوا انه يجري عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته ويتبع في ذلك عادة امثاله الى يوم قسمة ماله فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم انتهى وفي (التذكرة) لا يزيد على نفقة ذلك اليوم لانه لا ضبط بعده وفي (المسالك) لافرق في هذه المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغراء وعدمه عندنا وظاهره الاجماع واستشكل في (التحرير) فيما اذا كانت الدار والخدام عين مال بعض الغراء وينبغي ان لا يتابع ولا تدفع ام الولد في ثمن رقبته اذا كان محتاجاً اليها للخدمه ويكون هذا مستثنى من الرجوع في العين ومن بيعها في ثمن رقبته وفي (التذكرة) ان كل ما يترك له اذا لم يوجد في ماله اشترى له لقوله صلى الله عليه وسلم (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) ومعلوم ان فمن يعوله من يجب نفقته عليه فيقدمون لانهم يجرون مجرى نفسه لان النفقة لاحتياهم وقال جماعة منهم المصنف في (التذكرة) اذا كانت هذه المستثنية رهناً جاز بيعها كما لو باشر بيع هذه الاشياء باختره فانه يجوز قبض ثمنها وسيدشير المصنف الى بعض ذلك قالوا ولا يترك الفرش والبسط بل يسامح بالبد والحصر القليلة القهبة وقال في (التذكرة) اعتبار ما يليق بحاله في حال افلاسه لا في حال ثروته ولو كان يلبس دون اللائق بحاله في حال الثروة تقبيرا لم يزد عليه (اذا عرفت هذا) فاعلم ان المعظم اهملوا استثناء الكسوة في باب الدين ومن ذكر الكسوة قائماً ذكرها بثياب بدنه والبدن مما لا يتناول كسوة عياله وذكروا في باب الدين استثناء قوت يوم وليله وله لعياله واستثوا في باب الفلاس نفقة يوم القسمة لا غير قالوا وتجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته الى يوم القسمة فيعطى نفقة ذلك اليوم خاصة والجمع ممكن هين ولم اجد نصاً ولا فتوى في استثناء كتب العلم الا ما قاله المولى الاردبيلي . . . . . انهم قد يستثون بعض الامور المحتاج اليها غالباً مثل الكتب العلمية لاهلها (نعم قد يقال) اذا كان قاصياً في بلدنا عن الكتب ولا يمكنه القضاء بدونها يمكن استثنائها كما لعله يرتد اليه قوله في (التذكرة) ان شرط الاخذ عندنا ان لا يكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات ما شاء انتهى فتأمل فيه (وروى) المتبايع الثلثة عن المحلى قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ان علي ديناً واطله ان يعورني وقال لا يتام واحاف ان بعت ضيعتي بهيت ومالي شيء فقال لا تتبع ضيعتك ولكن اعط بعضاً وامسك بعضاً ونحوه خبر الحظ والوسم وقد يحملان على عدم الطلب المضيق اذ قد لا يكون الايتام ولي يطلب على الضيق بل ينفق عليهم بالتدريج فلا يتأنيان كلام الاصحاب وقد يستبعد استثناء مثل الفرس والخدام والخدامين اذا احتاج اليهما وثياب التجمل دون قوت اكثر من يوم وليله ولا وجه له لان المدار على ما كان من ضروريات معاشه و به دوام فائه وحياته وعدم اذلاله ومهاتته وما زاد على نفقة اليوم والليله ليس له حدير رجوع اليه كما اسمعنا كه عن (التذكرة)

وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا ولا تصح صلاته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس ( متن )

هذا ولو انه تبرع واعطى هذه المستثنيات في الدين فالظاهر انه يجوز له ذلك ويبرء كما نص عليه المولى الاردبيلي لكنه امر بالتأمل وهذا حديث اجمالي وتام الكلام في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا ﴾ اعاد ذكر المطالبة بعد العهد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح صلواته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس ﴾ كما صرح بذلك في ( السرائر والمختلف والتذكرة وجمع البرهان ) واستدل عليه في الاول بان قضاء الدين واجب مضيق واداء الصلوة في اول وقتها واجب موسع وكل شيء يمنع من الواجب المضيق فهو قبيح بلا خلاف من محصل وفي ( الوسيلة ) ان الحال يلزم قضائه متى طالبه صاحبه مع فقد العذر والمعذر الاعسار ودخول وقت الصلوة حتى يفرغ من ادائها والاصحاب في باب الوكالة وغيره جعلوا العذر التسريعي ما اذا كان يصلي فطالبه او ضاق الوقت فتشاغل بالصلوة والعذر العرفي ما اذا كان في الحمام او كان يأكل ونحوه وقد جعل المصنف هنا وفي ( التذكرة ) الزكاة والخمس كالدين وان لم يطالب بها الحاكم لان اربابها في العادة مطالبون وكذلك الدين لعير العالم واحترز بالمنافية عن الصلوة ومن اقوى ما يستدل به على بطلان صلواته في اول وقتها ان اداء الدين مأمور به على الفور ولا يتم الا بترك العبادة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وما وجب تركه ففعله مهي عنه والنهي في العادات يقتضي المدون كان له اولا في التوقف المذكور لان وجود احد الضدين يتوقف على انتهاء الآخر عملا وان كان الصدد سرعياً المراد بعد فرضه ضدا والقول بنفي التوقف مخالف لما عليه القوم اجمع لان عدم المانع من جملة الملل كما قاله ملا ميراثم ان ارادة احد الصدين مصادرة لارادة الصدد الاخر صرح به في التشرح الجديد للتحريم المعد متوقف على ارادته ففعل الصدد متوقف على ارادته المتوقفة على انتهاء ارادته الصدد الاخر وهو المراد بالصارف في كلام القوم فمنع توقف فعل الصدد على الصارف عن الاخر كما وقع لجماعة يصادم الاصول المقررة (وقد اعترض) جماعة بمنع كون ترك الصدد مقدمه للمأمور به بل هو من المقاربات الا انه فية فلو كان ترك الصدد مقدمه لعمل ضده لكان القول بان فعل الصدد مقدمة لترك صده اولى بالادعاء ولما كان متسا توهم التوقف هو المتأثرة الاتفاقيه حصل الاستنباه في المقامين مع انه محال وغرضهم من الصورة الناسية الاسارة الى لروم نسبة الكمي ووجه كونها اولى لاداء ان فعل المدح مستمر وترك الحرام لا يملك عنه منهجي على مدعاك ان يكون فعل المباح مقدمة لترك الحرام بالاولوية ولا كذلك ترك العبادة مثلا فانه لا يستلزم اداء الدين بل كثيرا ما يترك الصدد الحامس ولا يؤثر في الأمور به وان خبير بان الاسرار غير التوقف وفرق تام بين كون وحبو المدممة للموصل وكونه حودها للتوصل وقد حصل لهم الاستنباه في المقامين ( بيان ذلك ) ان يقول ان فعل المباح وان استلزم ترك الحرام لكفه ليس دمة له وليس ترك الحرام متوقفا عليه فان ترك الحرام قد يتحلف عن جمع الافعال مع وجود الصارف ان كانت الاكوان باقبة مستغنية عن المؤثر ان لم تقل بان الكون الباقي يوصف بالاباحة وان قلما يوصفه بها كما يوصف السكوت المستمر في المكان المغصوب بالحرمة لم يتجه ذلك الاعلى وجه

آخر وان قلنا بهدم البقاء او الاحتياج كان ترك الحرام مقارنا لفعل ضد من اضداده من حيث انه من لوازم وجود المكلف وانه لا يخلو منه وهذا بخلاف فعل المأمور به وهو اداء الدين فانه لا يتخلف عن ترك الضد وهو العبادة وهي مقدمة له كما عرفت وان لم يستلزمه وجودا فنشاء المخطو والاشتباه عدم الفرق بين الاستلزام والتوقف وعدم الفرق بين كون وجوب المقدمة للتوصل او وجودها فنظر الجماعة المذكورين الى الوجود لا الوجوب كما سيتضح وما قالوه من انه محال يحتمل امرين (الاول) انه يلزم الدور (وفيه) ان المقامين متغايران وقد تعرض اهل الاصول لبيان وقياسه على الحركة والسكون لوجه له لانهما تمييزان وكلاما في الضدين اللذين ترك احدهما مقدمة لفعل الاخر (الثاني) ان يكون المراد ان ترك الضد كما هو مقدمة لفعل الضد الاخر على دعواك ففعل الضد الاخر ايضا علة لترك هذا الضد وقد عرفت ان فعل الضد في الغالب ليس مقدمة ولا علة لترك الضد الاخر هذا (والتحقيق) ان شبهة الكمبي لا تندفع الا بالتزام ان المباح واجب تقييرا مباح عينانا لان مقدمة ترك الحرام امر (قدرخ ل) مشترك بين وجود الصارف الذي هو عدم التصور والشوق والارادة وبين فعل مباح والمفروض ان التكليف بترك الحرام مستمر والتكليف الناشئ من قبله بالقدر المشترك كذلك (نعم) لو انقطع وجوب ذلك القدر كما في خصال الكفاره لا تنقطع وجوب تلك المباحات بوقوع بعض افراد ذلك القدر المشترك وما نحن فيه ليس كذلك (الا ان تقول) ان الواجب التخييري لا يسمى واجبا تقييريا الا فيما لا يمكن ان يكون لخصاله التي هي امور اختيارية بدل غير اختياري (وفيه) ان ترك تزويج احدي الاختين اي احدي التركين واجب مع انه يمكن ان لا يكون هناك شوق اصلا الى شيء منها ومعلوم ان الشوق غير اختياري فيلزم ان لا يسمى ذلك واجبا تقييريا فتأمل جيدا (وكيف كان) فلعل منشاء توهم النافين للتوقف فيما نحن فيه ما أشرنا اليه آفا من انهم نظروا الى ان ترك الضد كثيرا ما يتخلف عن فعل ضده فظنوا ان لا مدخلية لترك الضد في فعل ضده والا فكيف يدعى ان تركه ليس الا لفعل ضده مع ما نراه من انه يترك هذا الضد ولا يوتى بالآخر وظنوا ان مقدمة الشيء هي ما يتوقف عليه الفعل في نظر المكلف مع تظنه لكونه مما يتوقف عليه (واما) مع وجود الصارف عن المأمور به وعدم حصوله في الخارج فلا يتحقق واجب في الخارج فلا توقف ثم سررو الكلام الى حال الاستتغال والتفطن وانكروا التوقف (وفيه) ان عدم تظنه للتوقف لا يقضي بعدم التوقف في نفس الامر مع انه حارفي سائر المقدمات (ومما ذكر) يعلم حال ما اجيب به عن الدليل المذكور من ان وجوب المقدمة توصلية والوجوب كذلك يقتضي اختصاصه بحالة الامكان ومع وجود الصارف عن فعل المأمور به لا يمكن التوصل اليه بترك الضد اذ انت خبير بان اختيار الصارف بالاختيار لا ينافي امكان تركه واختيار العمل والتوصل اليه بالمقدمة كما في تكليف الكافر بالعبادة اذ هو مكلف بالواجب وبمقدماته مضافا الى ما يلزم هذا القائل من انه يجري في كل واجب لغيره فيقال وحب الوضوء للصلوة يختص بحال امكان الصلوة ومع وجود الصارف عنها لا معنى لوجوب الوضوء ولم يقل به احد بل يلزمه ان يقول ان وجوب كل شيء مخصوص بحال امكانه ومع وجود الصارف عنه ينتفي وجوبه ونحوه ما قيل من ان دليل وجوب المقدمة لو سلم فانما هو في حال ارادة الفعل واذا وجد صارف عنه لم يكن مريدا للفعل فلا يلزم تكليف ما لا يطاق أو خروج الواجب عن كونه واجبا (وفيه) ان الدليل يدل على الوجوب في حال امكان الارادة ولا يستترط فعليتها نعم وجودها لا بد وان يكون في حال الارادة وهو غير ما نحن فيه (وربما اجيب) بان وجوبها ليس

اصلياً وانما هو تبعية وهو غير نافع للمستبدل لان ما وجب تركه تبعا لا يكون فعله منبياً عنه لعدم العقاب على ترك المقدمة لانه ليس مطلوباً لذاته ولهذا لم تثبت له احكام الواجب الاصلي لانه يجتمع مع الحرام (وفيه) ان معنى قولنا ان وجوبها تبعية ان وجوب ذبيها يحصل من الامر به ووجوبها يحصل من العقل وهو من ادلة الشرع فيها خطابان اصليان للشارع احدهما لفظي والاخر عقلي ومقتضى قواعدهم وحببهم انها واجبة شرعاً وان الوجوب الشرعي لا يجتمع مع الحرام (اما الاول) فلو كان مراد القائلين بوجوبها وهم الاكثر غير المعنى الشرعي لم يكن هناك خلاف ولا نزاع لان النافي لم ينف الا المعنى الشرعي كما هو واضح وما وجب شرعاً تبعاً او اصالة كان تركه حراماً منبياً عنه لكن العقاب في التبعية على ترك متبوعه على المشهور لكننا نحن قد نفرق بين المقدمات كما استسمع (واما الثاني) فلا تفاق علمائنا على عدم جواز اجتماع الامر والنهي في شيء واحد شخصي ومعناه ان ما امر به لا يتصور ان يقع على وجه يكون حراماً بحيث يقع الامتثال سواء قلنا ببقاء التكليف وعدمه لاما توجه صاحب المعالم من ان امتناع اجتماع المأمور به والمنهي عنه انما هو على تقدير بقاء الوجوب بعد الفعل وما استندوا اليه من قطع المسافة على الوجه المحرم لوجه له لانه اذا انحصر القطع في الوجه المحرم كانت مقدمة الواجب المشروط لا المطلق وكذا اذا لم ينحصر واختار القطع على الوجه المحرم وليست في صورتين مقدمة للواجب المطلق حتى تكون واجبة وحراماً كما نسب ذلك الى القائلين بوجوبها صاحب (المعالم) وبعض من تأخر عنه مع انه خلاف ما صرحوا به وواقضته قواعدهم لانهم يقولون بان المقدمة الواجبة ليست الا القطع بالنحو السابق ولا يجوز القطع بالنحو الحرام فاذا عصى المكلف صار حجه واجبا مشروطاً وهذا القطع بالنسبة الى حجة مقدمة الواجب المشروط وكذلك الحال في اتقاد الفریق على الوجه المحرم اذ الواجب عليه الا تقاد على الوجه السابق للحلال لكنه لما عصى حصل الغرض فظن انه امتثل وليس كذلك بل هو ص. ان حصل الغرض (وفيه) ان الخصم لا يريد الاكثر من هذا فتأمل جيداً والقول بان المقدمة ناهية قطع المسافة أي الامر السكلي من حيث هو من دون خصوصية الفرد المخصوص من القطع لا يدفع ضماً لتحقيق القدر المشترك في ذم الحرام (فليتدبر) فقد تحصل انها واجبة شرعاً كسائر الواجبات الشرعية لا يجتمع مع الحرام أقصى ما هالك انه لا يترتب عليها ثواب ولا على تركها عقاب على المشهور لانها لم تجب لنفسها وانما وجبت لغيرها لكننا قد نفرق بين المقدمات التي هي ترك أضداد وغيرها فنقول بترتب العقاب على ترك الاولى فاذا صلى ولم يقض الدين كان معاقباً على فعل الصلاة فليلاحظ هذا والمحقق الثاني في (جامع المقاصد) لم يلتفت الى هذه الاجوبة لشدة وهنها (فأجاب) عن الدليل المذكور باننا نسلم بان الواجب الموسع يكون تركه مقدمة لواجب مضيق لانه لم يتم عليه دليل وظاهر الاوامر الواردة به الاطلاق في جميع وقته الا ما أخرجه الدائيل (ثم اعترض) بان وجوب قضاء الدين على الفور يتنافى وجوب الصلاة في الوقت الموسع لانه حين وجوب الصلاة اذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق وان لم يبق وجوب القضاء خرج الواجب عن كونه واجباً (وأجاب) باننا لا نسلم وجوب تكليف ما لا يطاق اذ لا يمنع أن يقول الشارع أوجب عليك كلاً من الامرين لكن أحدهما مضيق والآخر موسع فان قدمت المضيق فقد امتثلت وسدت من الاثم واذا قدمت الموسع فقد امتثلت وأتمت بالخالف في التقديم (والحاصل) ان الامر يرجع الى وجوب التقديم وكونه غير شرط في الصحة والامتثال مع انتقائه بتضييق الوقت فانه ان بقي الوجوب لزه ماسبق وان خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب مع انه لا دليل على الترجيح اذ هما واجبان

مضيقان قد تعارضاً، فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب لئلا يلزم المحذور والدلائل تدل على خلافه ومع تسليمه فلا دليل يقتضي خروج واحد بهينه من الصلاة في (من خ ل) أجزاء الوقت للحق المضيق فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضاً باطل لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح ولا تقاضه بما سلك يوم النحر فإن الترتيب فيها واجب ولو خالف اجزئت عن الواجب الذي في الذمة وإنما يجزئ لو كانت واجبة مع عدم الترتيب لامتناع اجزاء غير الواجب عن الواجب وإنما يعقل الوجوب على التقديرين والتأني على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه فلو كان وجوب شيء يقتضي إيجاب ما يتوقف عليه وإن كان مقابله (في مقابلة خ ل) واجبا لامتناع الاجزاء هنا وفي كل موضع أشبهه وقال إن هذا من غوامض التحقيق (وفيه) على أن الأمر بقضاء الدين عند المطالبة معارض للأوامر المطلقة المتعلقة بالعبادة تعارض قولك صلي واتخذ الغريق في أي وقت غرق ومعلوم أن الثاني يحكم في مثله على الأول لاطلاقه فكانه قال صلي وأنت مأمور بالصلاة واتخذ الغريق إلا إذا عرض لك غريق فإست مأمور بالصلاة فكان الدليل قائماً على أن ترك الواجب الموسع مقدمة لواجب مضيق (وقوله) لا يتمتع إلى آخره لا تمنعه لكننا نصير إليه إلا إذا علمت ارادته كما في مناسك منى والأقالباء على ظاهر الخطاب من الإطلاق والتقييد وفي صورة ضيق الوقت تقول ببقاء الوجوب إن كان ذلك من تقصير المكلف والأقالباء ويقدم ما هو أهم في نظر الشارع فتقدم الصلاة على إبقاء الدين ويقدم اتقاد المؤمن وحفظ بيضة الإسلام على الصلاة ثم أنه في (جامع المقاصد) قال فإن قيل الضد العام إنما يقوم بالاضداد الخاصة فكون الضد الخاص أيضاً منها عنه (واجب) أن المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء والكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الأمور الخاصة لا مكان الكف عن الأمر الكلي من حيث هو (وفيه) على تقدير مكانه أن ذلك ليس بمطلوب بل المطلوب الاجتناب عن الخصوصيات كما في سائر المناهي كالزنا ونحوه ثم إن قوله جل شأنه « إنما يتقبل الله من المتقين » ونحوه مما ورد في الاخبار يقتضي عدم قبول الضد من تارك الأمور به إلا أن يفرق بين الاجزاء والقبول لكن يشكل ذلك في المستحبات لأن اجزائها حصول الثواب وهذا هو القبول (إلا أن يقال) إن قوله عز وجل « إن الحسنات يذهبن السيئات » ونحوه مما ورد في الاخبار في المستحبات يقتضي القبول من المسيء أيضاً (إلا أن يقال) إن القبول على سبيل الأزوم لا يكون من المتقين وأما القبول من غيرهم فإما هو بعنوان التفضل ولذا ورد أن من فعل كذا كان له كذا ويستوجب الغفران ودخول الجنة وما تعلق به الشهيد الثاني من عظم البلية وعموم البلوى من لزوم بطلان النافذة مطلقاً والفرضة الامع الضيق ولزوم التيمم إلا لأوحدني الناس فإما يدل على الصحة وعدم أعمال هذا المقتضي لأعلى فهي المقتضي فيصير الحاصل أن اقتضاء الأمر النهي عقلي لكن لا نقول إن النهي يقتضي الفساد وذلك لو صح كان أصح ما يتسك به للصحة إذ لو صح ذلك لكثير في الناس القليل والقال والتماهي ولو وجدت حملة العلم وأهل الديانات ينهون أكثر الناس عن النافذة ويزمونهم بتأخير الفريضة إلى آخر الوقت وفي انتهاء ذلك واستقامة الطريقة على قديم الدهر وسالف العصر على خلافه دليل على بطلانه لكنه يلزم على هذا اجتماع الأمر والنهي في الضد النهي عنه أعني الصلاة في المثال المذكور إلا أن نقول إن النهي التبعي لا يقتضي التحريم كما أنه لا يقتضي الكراهية وكما أن الوجوب التبعي لا يستحق عليه ثواباً ولا على تركه عقاباً لكن قد يقال إن هذا رجوع إلى المقارنة (فتأمل) وأما قطع المسافة على البعير المحرم فالنهي فيه إيصالي فإيتاهل في ذلك أو نقول إن النهي عنه بالنهي التبعي إيقاع الصد أعني الصلوة لا مايتها كالصلوة في المسجد

وتباع دار الغله وفاضل دار السكنى ودار السكنى ان كانت رهنا ولو غاب المدين ويجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكة او وارثه ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه (متن)

فان ماهيتها واجبة وابقاعها في المسجد مستحب وهذا رجوع الى ما في (جامع المقاصد) فقد تحصل ان المقدمة ان كانت تركا لصد كان النهي عن ايقاع ضدها وان كانت فعلا واتي بها على وجه محرم كان النهي عن فعلها كقطع المسافة على البعير المحرم فليحظ فانه دقيق ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتباع دار الغله ﴾ بلا خلاف اجده والمراد بها الدار المرصدة للنماء كالبيت المدد للاجارة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفاضل دار السكنى ودار السكنى اذا كانت رهنا ﴾ قد تقدم الكلام فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكة ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه ﴾ هذه المسئلة قد تكلمنا فيها في باب الميراث عند الكلام على ميراث الغائب عيبة منقطعه لعدم الفرق بين الميراث وبين سائر الحقوق كما نص عليه بعضهم ولا بد ان نذكر كلامهم في المقام وقد عبر المصنف وغيره بما لو غاب المدين ونحوه وزاد في (النهاية والسرائر) غيبة لا يقدر عليه معها (وفي الشرائع والنافع والمختلف) غيبة منقطعة والمراد بمنقطع الغيبة ما صدق عليه ذلك عرفا لانه يختلف فيه باعتبار نباهة الشأن وخمول الذكر وذلك قد يكون لطول الغيبة حتى ينقطع خبره أو لا فتقاده بين ركب وعسكر ونحو ذلك أما من عرف مكانه كمن أسرته الروم أو أسره السلطان ولم يعرف خبره فكانه لا يصدق عليه هذا العنوان ولا كذلك عنوان النهاية لكن المصنف في (المختلف) نزل عنوان النهاية على ما في الشرائع (وقد يقال) ان المدار على القدرة وعدمها ومن ذلك ما اذا لم يعلم أحي هو أم ميت فليتأمل في ذلك إذ قد يفهم من العبارات الأربع ان الغائب غيبة غير منقطعة أو يقدر عليه معها انه لا يجب الايضاء بها له ولا عزلها بل يسلمها اليه أو يستأمره في امرها أو يكون حاله حال سائر الديان وقد صرحوا بانه لا يجب على المديون « حينئذ » نية القضاء وقد سمعت فيما سلف ما دل على وجوب نية القضاء مطلقا من نص واجماع ولعل الوجه في اعادته ان الحكم هنا أكد أو يكون المراد وجوب تجديد العزم « فليتأمل » فيه وأما وجوب العزل عند وفاته فظاهرهم انه اجماعي كما في (جامع المقاصد) وظاهر كلامهم انه لا خلاف فيه كما في (المسالك) والاجماع ظاهر (المختلف) كما ستعرف وقد نسبة اليه صاحب (المسالك والكفاية) ايضاً وفي (النهاية) وجب ان ينوي قضائه ويعزل ماله عن ملكه فان حضرته الوفاة اوصى به وظهره انه يجب العزل مطلقاً وحمله في (المختلف) على من حضرته الوفاة أو على استبقاه ما يساوي الدين بمعنى انه يجوز له التصرف في جميع امواله بالصدقة وغيرها الا ما يساوي الدين وذلك لانه في (السرائر) بعد ان نقل كلام (النهاية) رده بان العزل غير واجب بلا خلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا وظاهر توجهه (المختلف) بان العزل عند الوفاة يجمع عليه عندنا والا لما صح ان يكون جوابا لابن ادريس وهو الذي فهمه منه صاحب (المسالك والكفاية) كما عرفت وبما يقطع به على ذلك ان ابن ادريس قال قبل ذلك انه اذا حضرته الوفاة سلمه الى من يثق به كما سدمع كلامه وهو يقضي بوجوب العزل عند الوفاة وفي (جامع الشرائع) اهل ذكره بالكلية وكأنه فهم من اجماع جده الاطلاق وفي (المسالك) وغيرها لولا ظهور الاجماع لا يمكن تطرق القول بالعدم للاصل مع عدم النص (وربما)

وجه بانه غاية ما يمكن وانه اقرب الى اليقار ويبعد عن تصرف الغير وهو كما ترى لا يقضي بالوجوب مع ان قضية ذلك انه يتعين بذلك فلو تلف يكون من مال التريم وليس كذلك لعدم الدليل على الانتقال ولعل معقد الاجماع لا يتناول ذلك وفي (ايضاح النافع) الظاهر انه يتعين بالعزل وقد يكون العزل ليتصرف في باقي التركة اذ بدونه لا يجوز له التعرف فيها وفي (الرياض) مُسب وجوب العزل عند الوفاة للنهاية والموجود في (النهاية) والمحكي عنها ما سمعته وحكي عن (السرائر) انه ادعى اجماع المسلمين على عدم وجوب العزل والموجود فيها نفي الخلاف بينهم وهذا سهل وحكي عن (المسالك) انه احتل عدم الخلاف وقد سمعت عبارة المسالك بلفظها واعظم من ذلك انه في (الرياض) وجه اجماع (السرائر) على عدم وجوب العزل مطلقا وقد عرفت انه محكي على مخالفة ما في (النهاية) والا لما صح توجيهه (المختلف) ولما صح ما في (المسالك والكفاية) من ان ظاهر (المختلف) الاجماع كما عرفت واما وجوب الوصية به فهو ظاهر (النهاية) كما عرفت (والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة) وغيرها وفي (غاية المرام) انه لا خلاف فيه وفي (مجمع البرهان) كانه لا خلاف فيه ويدل عليه بعض الاخبار مؤيدا بالاعتبار وفي (السرائر) انه يسلمه الى من يثق بديانته ويجعله وصيه في تسليمه الى صاحبه وفي (الروضه) يجب كون الوصاية الى ثقة وان قلنا بجواز الوصاية الى غيره في الجملة لانه تسليط على مال الغير وفي (ايضاح النافع) ان الوصية واجبة ان توقف الثبوت عليها والاستحبت مؤكدا وربما وجبت وان كان مشهورا عليها خصوصا اذا اسقطنا اليقين في دعوى الدين على الميت اذا اوصى به عند موته (قتامل) واما انه يجتهد في طلبه لو جهله فقد صرح به في (النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) غير ان المسئلة مفروضة في (النهاية والسرائر) فيما اذا جهله الوارث وفي (جامع الشرائع) فان حضره الموت وصى الى ثقة به واحتهد الوصي في طلبه فاذا مات طلب وارثه وفي (المسالك) المتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر وبما اهمل فيه ذكر الطلب والاجتهاد فيه (الارشاد والمختلف والدروس واللمعة والروضه) وغيرها وفي (الرياض) ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه ببدل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر بلاخلاف اجده انتهى (قتامل) وقضية كلام (الشرائع والكتاب) وما وافقهما انه اذا جهله لا يجب عليه العزل ولا الوصية به بل يكفي الاجتهاد في الطلب ثم التصديق به عند القائلين بوجوب التصديق وستعرف الحال في ذلك وقد استدلوا على وجوب الاجتهاد في الطلب بصحيفة هشام بن سالم قال سئل خصاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدها وني من اجره (اجرته خ ل) شيء وفي (التهذيب) ولا نعرف له وارثا قال فاطلبوه قال فطلبناه فلم نجده فقال مساكين وحرك يديه فاعاد عليه فقال اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو كسبيل مالك حتى يمى له طالب فان حدث بك حدث فأوصي به ان جاء له طالب ان يدفع اليه وصحيفة معاوية بن وهب على ما يراه المتأخرون في اصحاب الاجماع عن (ابي عبد الله عليه السلام) في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري احي هو ام ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسباً ولا ولدا قال اطلبه فان ذلك قد طال فاتصدق به قال اطلبه والظاهر ان المراد بالطلب والاجتهاد السؤال والارتباب وربما انمر ظاهر الاخير بوجوب الطلب دائما كما قد يشعر به ايضا مفهوم خبر زراره كما ستسمعه ومن المعلوم انه



لا يحسن من الحكيم الامر بالطلب مع الياس وعدم امكان الوجدان فيحمل على عدم الياس والاستحباب وقد استدلووا بهذه الاخبار على المشهور بين الأصحاب من ان ميراث المفقود يترتب به مدة لا يعيش اليها مثله عادة ولم يحكموا هناك بوجوب الفحص والطلب (فتأمل) والاعتبار يستبعد ان يكلفه بالمراسلات والكتابات الى الاطراف او الطلب والسؤال في المجامع والاسواق او في اطراف الارض لبقايا اجرة ونحوها لم يكن له تقصير في شأنها اذ من المعلوم ان ذلك يحتاج الى اتلاف المال وتعب البدن وليست هي لقطه وقد روى زرارة في (الصحيح) عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي ارض هو قال لا جناح عليه بعد ان يعلم الله منه ان نيته الاداء وقد عرفت ان جماعة اهلوا ذكر الطلب والاجتهاد في المقام ايضا واما انه يتصدق به مع الياس فظاهر (الكتاب والشرائع والنافع والتذكرة) التردد حيث نسب فيها ذلك جميعها الى القليل ونحو ذلك ما في (كشف الرموز) والظاهر ان ذلك لمكان خبر بن وهب الذي ظاهره المنع من التصديق به كما اشار اليه في (التذكرة) وقد اسمعنا كه لا لعدم النص كما في (المسالك والكفاية) ولا لان التصديق بماله لغيره مع عدم برائة ذمته غير معلوم الجواز لانه لاشبهة في الجواز كما في (المسالك) ولا ينبغي النزاع فيه كما في (مجمع البرهان) اذا كان ديننا لانه ماله فيكون مسلطا عليه واما الحكم بانه يتصدق به « حينئذ » فهو المشهور كما في (جامع المقاصد والروضه) وهو خيرة النهاية والقاضي على ما حكى عنه (وجامع الشرائع والارشاد والمختلف والتبصره والمهمة والمقتصر وجامع المقاصد) وظاهرهم ان ذلك على سبيل الوجوب كما فهمه الصيمري والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي وصاحب الرياض وقد قواه في (الميسبه) واستجوده في (المسالك) والذي فهمه في (جامع المقاصد) منهم انما هو الجواز قال وذهب في (المختلف) الى الجواز تعاملا للشيخ وجماعة وهو الظاهر من جماعة وهو الاسد لوجوه كما ستسمع في (جامع المقاصد والمسالك) انه حيث يمكن مراجعة الحاكم هو أولى من الصدقة بغير اذنه وان كان جائراً الا انه أبصر بمواقفها وحججهم عليه ما ارسله في (القبه) بقوله بعد ذكر خبر ابن وهب وقد روى في هذا خبر آخر ان لم تجد له وارثا وعلم منك ابهد فصدق به وما ارسله في (السرائر) قال وقد روى انه اذا لم يظفر تصديق به عنه وليس عليه شيء وما رواه في (الكافي والتهذيب) عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال كتبت الى عبد صالح (العمد الصالح خ ل) عليه السلام قد وقعت عندي مائة درهم وارعة دراهم وقدمت صاحبها ولم أعرف له ورثة فأريك في اعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا فكتب عليه السلام اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج قل في (الاستبصار) انما له ان يتصدق بها اذا ضمن لصاحبها وانها للامام تأمره ان يتصدق عنه بها ويعد الثاني ان عدم معرفة الورثة لا يدل على عدمهم وهو لم يطلب ولم يفحص وكون ذلك للامام مشروط بالعلم بعدم الوارث (الا أن تقول) الشرط في ارثه عدم العلم بالوارث وفي (وثيقة) هشام بن سالم (١) تدفع الى المساكين يكرر عليه ذلك وكأن قصد السائل في المراجعة

(١) هي ما رواه الشيخ في الموثق عن هشام بن سالم قال قال حفص الاعور يا عبد الله وأنا عنده جالس قال انه كان لابني جبير كان يقوم في رحاه وله عندنا دراهم وليس له وارث فقال ابو عبد الله تدفع الى المساكين ثم قال رايك فيها ثم ااد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فاعاد عليه المسألة ثالثة فقال ابو عبد الله تطلب له وارثا فان وجدت له وارثا والا فركبيل مالك ثم قال ما عسى ان تصنع بها ثم قال توصي بها فان جاءها طالب والافهى كسبيل مالك (مصححه)

أولاً وثانياً وثالثاً مع امره له بالصدقة أولاً وثانياً هو انه قد سمع جواز التملك مع الضمان وكانت رغبته في ذلك فجوزه عليه السلام اخيراً والشهرة تجبرهما في الاخبار من الضعف ولولا ذلك لتمطل المال وخرج عن الانتفاع ثم أن من هو عليه محتاج الى تفرغ ذمته ولا سبيل الا الصدقة اذا لم يمكن الحاكم وفي (الدروس وايضاح النافع والروضه) انه يتخير بين ابقائه في يده ودفعه الى الحاكم والصدقة وفي (السرائر) انه يجتهد في طلبه فان لم يجده سلمه الى الحاكم فان قطع على انه لا وارث له كان لامام المسلمين وواقفه فخر الاسلام لانه مع وجود الوارث يكون للوارث ووليه الحاكم مع غيبته والا فهو للامام وقضية كلامها انه لا يجوز التصديق به كما فهمه جماعة من السرائر وفي (التقيح) قول ابن ادريس هو الحق اذا علم موته وعدم وارثه اما اذا اتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه وفي (الدروس وحامع المقصد) انه مع القطع على موته واتفاء الوارث لأشك في كونه الامام ونحوه ما في الختاف (وفي الحدائق) انه لا خلاف فيه حينئذ (وفي جامع المقاصد) انه لا شك في جواز دفعه الى الحاكم مع اليأس اما انوجب فلا دليل عليه مع ان اكثر الاصحاب على خلافه انتهى والقطع بجواز دفعه الى الحاكم لا يجتمع مع وجوب التصديق به وهذا والظاهر ان الصدقة لا تتوقف على سبق العزل ويكفي قصد الصدقة بما يدفعه عن المستحق وظاهر كلامهم انه حين التصديق لا يحتاج الى وصية لانه قد برئت ذمته ( وفيه ) انه قد يظهر بعد ذلك ولا يرضى ويكون للمدين مال يمكن الرضاء منه فائدة التصديق جواز التصرف في باقي المال ان كان فيه عين مرجودة غير ممتازة والمروج عن عبدة الواجب وعام الضمان مع عدم ظهور الدايح ومصرف هذه الصدقة عند القائل بالجواز مصرف الصدقة المندوبه واما القائل بالوجوب فيجوز ان يكون كذلك لانها لا تجب على المالك وانما وجبت بالمرض على المدين ووارثه (وربما قيل) أن الاحوط ان تصرف الى مستحق الزكوة كما هو الظاهر من كلامهم في أمثال ذلك وفيه تأمل واضح اذ ذلك انما هو في الزكوة لانه نسب في (المتهى) حلية المندوره الى علمائنا وأكثر امامه الى غير ذلك من المؤيدات (وليعلم) أن بعض اخبار الباب دل على ابقائه امانه في يده وبعضها دل على التملك وانه كسبيل ماله يتصرف فيه كيف شاء مع الضمان والوصية به وهو شاذ كما في (الرياض) واهلم ان اخبار الباب وكلام الاصحاب في المقام قد تضمننا بيان حال المال المبرر المالك المشهور برد المذالم كما في (مجمع البرهان) وضابطه كل مال لا فائدة في تعريفه كما تصمنه الخبر كما ستمع وبالجملة كل مال حصل في يدك من مالكه أو وكيله أو مستودعه معلوماً كان المالك ثم جهاته أو كان مجهولاً لك من أول الامر كأن كنت معه في فندق أو خان أو قافلة ولا تعرفه وحصل في متاعك أو يدك شيء ونحوه من ماله غفلة أو خطأ وليس هذا لقطة ولا في حكمها لمكان كلام الاصحاب وقد سمعته واخبار الباب الصريحة في ذلك (منها مارواه) علي عن العبيدي عن يونس قال سئل (أبو الحسن الرضا عليه السلام) عن وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفة ولم يعرفه صاحبه (قال أبو الحسن عليه السلام) كيف يعرفه ولم يعرف بلده فاذا كان كذلك فبعه وتصديق به قال له علي من حملت فذاك قال علي أهل الولاية (ومنها) مارواه علي عن العبيدي عن يونس قال سئلت عبداً صالحاً عليه السلام فقلت جعلت فداك كنا مراقبين لقوم بمكة وارتحلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بنير علم وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نضع به قال فقال تحملونه حتى تالحقوهم بالكوفة قال يونس فقلت له

والمعسر لا يحل مطالبته ولا حبسه ويجوز له الانكار والحلف ان خشي الحبس مع الاعتراف  
ويوري وينوي القضاء مع المكته ( متن )

لست اعرفهم ولا تدري كيف نستل عنهم قال به واعط ثمنه اصحابك قلت جعلت فداك أهل  
الولاية قال نعم وهما يدلان على الموضوع والحكم وانه لا يشترط الحاكم ولا المدانة في المعطي ولا المعطى  
وانه يصح اعطائه لساده ولعل من ذلك ما يقع فيه الاشتباه من النعال في المجامع والحمامات ونحوها ومن  
ذلك ما يؤخذ من الحاكم الظالم ولا يعرف صاحبه مما علم انه حرام وغضب لانه لا يمكن تعريفه عملا  
بالعلة المومى اليها في خبر يونس المتقدم ولعل حال الظالم حال السارق والغاصب كما ستسمع وليس  
من ذلك ما يؤخذ من السارق أو يستودعه السارق له فانه في حكم اللقطة كما في خبر حفص قال سئلت  
أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً والقص مسلم قال لا يرد  
فان أمكنه أن يرد على أصحابه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فغيرها حولا فان جاء  
صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ولم يذكر  
فيها له ان يملكها بعد التعريف كاللقطة هذا عند المشهور كما في (الكفاية) وأوجب ابن ادريس دفعها  
الى امام المسلمين فان تعذر ابقاها امانة واختار المصنف في ( الارشاد ) وغيره انه يتصدق به فيكون  
من المال المجهول المالك وكذلك ما جاء به الريح أو الطير الى دارك ما هو امانة شرعية لانه لا يمكن  
تعريفه عملا بالعلة المومى اليها اذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه وليس منه ما يجده في داره أو صندوقه  
الذى يشاركه فيه غيره كما أفق به جماعة لورود النص به على تأمل لنا فيه لمخالفته قواعد اللقطة وعند  
الشيخ في (المبسوط) ان اللقطة ان أراد تملكها وجب تعريفها والا فهي مال مجهول المالك ومما يسمى برد  
المظالم ما اذا كان في ذمته ديون لا يعرف اصحابها واموال غصبها واتلفها واخماس وزكوات ونحو ذلك  
فليحظ ذلك في باب اللقطة والوديعة والدين وغيرها من الابواب فان هذا مجموع من مجموع ذلك  
وليس له في الفقه باب على حده **﴿ قوله ﴾** والمعسر لا يحل مطالبته ولا حبسه **﴿ اجماعاً ﴾** كما  
في التذكرة وفي (مجمع البرهان) لا خلاف على الظاهر في تحريم حبسه بل مطالبته وملازمته وأذاه على  
تقدير ثبوت عدم قدرته على الاداء شرعاً وفي (المختلف) انه الاشهر وبجرمة المطالبة واللاح عليه صرح  
( في النهاية والمبسوط وفقه الراوندي والغنية والسرائر ) وغيرها وقد يظهر من الغنية الاجماع على  
ذلك واذا لم يحل مطالبته فبالاولى أن لا يحل حبسه وفي الكتاب والسنة اشارة الى ذلك كخبر عبد الله  
ابن سنان وموثقة عمار وقال الصدوق في (المنع) تقلا عن أبيه مختاراً له ان انفق ما أخذه في طاعة الله  
سبحانه فنظرة الى ميسره وان كان انفق ما أخذه في معصية الله فطالبه بحقك فليس هو من أهل هذه  
الآية انتهى وقال في (الدروس) فيه بدمع ان المنفق في المعروف أوسع مخرجاً لانه يحل له الزكوة ولعل  
المنفق في المباح ملحق بالطاعة عنده وفي (المختلف) ان ظاهر كلام أبي الصلاح يوافق قولها وقد تقدم  
عند شرح قوله ويجب على المدين السعي في قضاء الدين ما له نفع تام وذلك كله حيث يثبت اعساره  
أو يعلم المدين به **﴿ قوله ﴾** ويجوز له الانكار والحلف ان خشي الحبس مع الاعتراف  
ويوري وينوي القضاء مع المكته **﴿ كما في ﴾** (السرائر وجامع الشرائع والتذكرة والمختلف والدروس  
وجامع المقاصد) وهو المحكي عن الحلبي غير انه في (جامع الشرائع) ترك ذكر التورية وصرح في (جامع المقاصد)

ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعيينه بقبضه فان فعل فالربح بأجمعه للمدين ان كان هو العامل والا فللمالك ( متن )

بان التورية واجبة لان الكاذب ملعون انتهى فتأمل وأبو الصلاح اشترط اعلامه ذلك أي المزم على القضاء قبل البين أو بعدها وفي المختلف ان الاقرب ان اعلامه ليس شرطاً في الجواز ونحوه ما في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ﴾ كما في (النهاية وجامع الشرائع والتذكرة) لان المتبادر من دفع العوض دفعه الى المدين وهو قول الشيخ في (النهاية) وجب عليه القضاء عنها وفي الخبر يقضي عنها ما استدان بالمعروف وقال في (السرائر) الواجب على الزوج تسليم النفقة بالمعروف الى الامراة ثم تقضي هي ما استدان وان قضاء الدين واجب عليها دون الزوج وفي (المختلف) ان قول الشيخ ممكن اذ الزوجة هنا كالوكيل عن الزوج فيجب عليه القضاء ومنع عليه ذلك في (جامع المقاصد) لان استحقاقها النفقة لا يصيرها كالوكيل وقال ان كلام ابن ادريس هو المنهج وان كان العدول عن ظاهر الرواية لا يخلو عن شي (قلت) من الشائع الدائع عرفاً ان من دفع الى شخص مالا ليقضي به دينه يقال انه قضى دينه ودفع عوض دينه وعليه تحمل الرواية وكلام النهاية وغيرها وفي (الدروس) انه يقضي نفقة الزوجة استدانها ام لا اذن في الاستدانه ام لا ولا يقضي نفقة الاقارب مطلقا الا مع اذنه أو اذن الحاكم ونحوه ما في حواشي الكتاب (قلت) وجه الفرق ان نفقة الزوج حق مالي كالعوض اللازم في المعاوضة ونفقة الاقارب انما وجبت على طريق المساوات وسد الخلة لا للتملك فلا تستقر في الذمة وانما يأثم بتركها وتام الكلام في باب النكاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعيينه بقبضه ﴾ قال في (التذكرة) في باب المضاربة لا يجوز القراض على الديون ولا نعلم فيه خلافا قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز ان يجعل الرجل دينه مضاربة انتهى وفي (السرائر) وظاهر (المختلف) الاجماع على منع جعل الدين مضاربة ذكراه في اثناء كلامها (كلام لهاخل) في بيع الدين وبالحكم صرح في (النهاية) وأكثر من تاخر عنها وفي الخبر القوي الذي رواه السكوني في رجل له على رجل مال فقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصح حتى يقضيه واثار بقوله لان تعيينه بقبضه الى جواب مالعه يقال من ان الثابت في الذمة مقبوض لمن هو في ذمته كما صرحوا به في السلم والصرف فلم لا يكون مقبوضاً هنا والمضاربة شرطها القبض وحاصل الجواب ان المضاربة شرطها تشخيص المال وتعيينه والدين قبل قبضه لا يتشخص فأتت في شرط المضاربة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل فالربح بأجمعه للمدين ان كان هو العامل ﴾ كما في التذكرة في موضعين منها والكتاب في باب المضاربة (والدروس وحواشي الكتاب) وموضعين من (جامع المقاصد والمسالك) لما عرفت من ان ذلك لا يقضي تعيين الدين لكونه الى الآن في يد المدين ولم يجعله وكيلاً في التعيين (القبض خل) فيكون الدين باقياً في الذمة ونية القراض لا أثر لها في الشراء بملكه قال في (التذكرة) وكذا اذا اشترى للقراض في الذمة ودفع المال لان المأذون فيه هو الشراء لينقد فيه مال القراض وقد تقرر ان المال الذي في يده له فاذا اشترى وقع الشراء له ( وقد يقال ) لم لا يكون الشراء فضولياً ويتوقف على الاجازة لانه نواه العقود المقصود ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فللمالك

وعليه الاجرة ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره (متن)

وعليه الاجره ﴿ أي وان لم يكن المديون هو العامل بل كان العامل ثالثا فالربح للمالك وقد قيد في (الدروس وحواشي الكتاب وجامع المقاصد) بما اذا اشترى بالعين واجاز المالك لبطلان الاذن السابق بفساد المضاربة قالوا واذا اشترى في الذمه فالربح للعامل وعليه الاثم والضمان وينبغي ان يقيد بما اذا نوى التسراء لنفسه وفي (حواشي الكتاب) في الفرق بين كون العامل المديون أو غيره نظر وكذا في اختصاص المالك بالربح اذا كان العامل غير المديون لان القراض فاسد فيفسد ما تضمنه من الاذن في القبض وانت قد عرفت الفرق من العامل اذا كان هو المديون لم يتعين المال للمالك بخلاف ماذا قبضه الثالث فانه وكيل المالك في قبض الدين فيتعين بتعيين المديون وقبض الوكيل واما الفساد فمخصوص بما اذا كانت تلك الامور المتضمنة من تواع العقود الفاسدة ولو ازمها اما اذا اقتضى اللفظ مضاربة ووكالة لاشتماله على الاذن في التصرف فان فساد المضاربة لا يقتضي فساد الوكالة كما لو باعه وأجره في عقد واحد واختات بعض شروط البيع فان الاجاره صحيحة وان فسد البيع كما نبه على ذلك الكركي في (جامع المقاصد) فقد تحصل ان الذي يفسد بفساد المضاربة أما هو الاذن في المضاربة فلا الاذن في القبض لانه بمنزلة الوكيل بالنسبة الى قبض المال المضارب بالنسبة الى العمل فيبطل متعلق المضاربة خاصة (وقد يقال) ان المضاربة الفاسدة ان اقتضت في الثالث الاجبي كالذي في القبض خارجة عن حقيقتها فان كان في المديون كذلك فكيف بفرق بينه وبين الثالث لان الممرض في المقامين افرار المال وعزله والشراء به وحينئذ فالمضاربة الفاسدة ان كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضوعين والا فلا ثم ان كون الاذن في القبض خارجا عن مقتضيات المضاربة اول ممنوع بل الظاهر ان ليس لوازمها وترايبها فينبغي ان يتبين في الترادف (وقد يقال) ان المراد ما اذا كان اللفظ مشتملا على وكالة ومضاربة كأن يقول اخذ ديني من فلان وقد جعلته مضاربة فأمل جيدا وكيف كان فحيث يكون الربح للمالك مع اجارته الشراء بالعين يكون لا اهل أحرة المثل كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة <sup>حقيقته</sup> قوله <sup>قوله</sup> (يصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره) كما تقدم الكلام فيه في باب السلم وقال أيضا في المتام في (المختلف) يجوز بيع الدين وما ذهب علمائنا ولا فرق بين بيعه على من هو عليه ولا على غيره وفي (الاشارة والرواية) انه يرد ونسبه في (المبسوط) الى رواية اصحابنا وفي (السرائر) ان اجماعهم منقدهم بخلاف على من هو عليه الدين وانما راجعناهم على ذلك وكذلك اقوالهم وقد زعموا انهم ذهبوا الى انهم يرون في الدين ما يخصه ببيعه على من هو عليه كما ستسمع والمراد بعد الجدل به انهم يرون في الدين ما يخصه ببيعه على من هو عليه كما ادريس فمنع من بيعه على غيره من غير ان يرون في الدين ما يخصه ببيعه على من هو عليه كما في (المختلف) برمت على طرعه بالحق في رد ربه واجاعة بالذمة اللال والارادة التي من الارض الا ما يظهر من (السرائر) من دعوى الاجماع المردن به يرون في الدين ما يخصه ببيعه قبل الاجل ففي (السرائر) ان كان مؤدبا لا يبرره على من مره بالانكشاف وازم عليه بطريق الاولوية ثم يبرره على غيره وفي (التمهيد) ان الله يورد ان الدين لا يبرر به قبل حله مطلقا وهو ظاهر جماعة كالحق في (الشرائع والنافع) والاصنف في (الارشاد) وما يأتي من الكتاب وغيرها وصرح آخرين منهم



مما له على المدين لم يلزم المدين أكثر مما وزن المشتري من المال وحكي ذلك عن القاضي وقد مال  
 إليه على الظاهر المحقق في (الشرائع) والشهد في (اللمعة وغاية المراد) وصاحب (إيضاح النافع) وفي  
 (الدروس) لا معارض للخبر وتردد في (النافع) كما هو ظاهر تلمبذه في شرحه واستندوا إلى ما رواه الكليني  
 والشيخ عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة (قال) سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان  
 لرجل عليه دين فجاء رجل فاشتراه منه بمرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال له اعطني ما لفلان  
 عليك فإني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك فقال أبو جعفر عليه السلام يرد عليه الرجل  
 الذي عليه الدين ماله الذي اشتري به من الرجل الذي له الدين وعن محمد بن الفضل (قال) قلت للرضا  
 عليه السلام رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له ادفع لي ما لفلان عليك  
 قد اشتريته منه قال يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبره الذي عليه المال من جميع ما بقي  
 عليه وهما على اضطراب فيهما لأن محمداً روى هذا المضمون تارة عن الإمام عليه السلام وتارة عن أبي  
 حمزة وقصور سندهما وعدم الجابر مخالفاً للقواعد مع أن الأولى غير صريحة في المطلوب بل قيل ولا  
 ظاهرة فيه ولهذا أغفلها جماعة ولا وجه لما في الثانية من براءة ذمة المديون من الباقي وقد بالغ في  
 (السرائر) في ردّها وقد حملنا على إرادة الضمان من البيع مجازاً شبهه به في المعاوضة أو فساد البيع للربا  
 وغيره فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي لما لكانه ويكون المراد براءة المدين  
 البراءة من حق المشتري لا مطلقاً أو تحصل على أن البائع شرط على المشتري إبراء المديون من الزائد  
 أو اشتراط أخذ قيمة المدفوع ثمناً لا غير ووربما حملنا على كون المدفوع مساوياً ولكنه لا يجري في الثانية  
 إلى غير ذلك من التوجيهات (وقد) يناقش في الحلبيين الأولين بأن لفظ الشراء لا يستعمل في الضمان  
 حقيقة ولا مجازاً على أنه ضمان من دون أذنه وإضمار الأذن ولم يجز له ذكر بعيد ويدفع فساد البيع قوله  
 عليه السلام وبرئ من جميع ما بقي عليه فإن ظاهره مطلق البرائة والحمل على البرائة من المشتري  
 خاصة بعيد جداً إذ ليس له الرجوع عليه وإن كان جاهلاً كان له الرجوع على البائع لكن التأويل وإن بدختر  
 من الطرح كما عليه جماعة وقد استظهر فخر الإسلام من كلام الشيخ أن المديون يبرء من الباقي براءة  
 تابعة لصحة البيع وزومه فلوعرض له البطالان برد لعيب أو خيار أو غير ذلك عادت الزيادة هذا وقد قال  
 جماعة أنه لا بد من رعاية السلامة من الربا لو كانا ربويين ورعاية شروط الصرف لو كانا من الأثمان  
 ويبقى الكلام في تصوير الأخير ولو وقع صلحا فإن كان مما يجري فيه الربا اغتفر الثاني ولا اغتفرا معا وقد  
 تقدم الكلام فيه في باب الربا ولو كان الثمن مساوياً أو أزيد كان يكون الدين مائة فيبعضه بثوب مساوياً  
 أو زائداً عليها قيمة صح إجماعاً كما في (شرح الإرشاد وحواشي الكتاب) وفي (السرائر) بعد أن قل كلام  
 النهاية وقد سمعته قال قول الشيخ ظريف عجيب تضحك منه الشكلى وهو أنه إذا كان الدين  
 ذهباً فكيف يجوز أن يبيعه بذهب أقل منه وإن كان فضه كيف يجوز أن يبيعه بفضه أقل منه  
 وإن كان ذهباً فباعه بفضه أو فضه بذهب كيف يجوز انفصالها من مجلس البيع إلا  
 بعد أن يتقابضا إلى آخر ما قال ورده في (المختلف) بأن الشيخ لم يحصر هو ولا غيره الدين في  
 النقود بل يجوز أن يكون ذهباً وفضه وغيرها من الأقسمة والامتعة ثم لم يحصر بيع الدين بالنقود  
 ولا أوجبوا أن يكون الثمن من الذهب والفضة حتى يتمجب من ذلك ويظهر للعامه قلة إدراكه

ولو باع الذي على مثله خمرًا أو خنزيرًا جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ولو كان البائع مسالمًا يحل (متن)

وعلم نخصيله وسوء أدبه ومواجهته مثل هذا الشيخ المعظم الذي هو رأس المذهب والمستخرج للمعاني من كلام الأئمة عليهم أفضل الصلوة والسلام إلى آخر ما قال قلت لعل ابن ادريس نظر إلى أن الدين إن كان من غير الأئمة لا تقدر فيه إلا كثيره وإلا قلبه إلا أن تقول إنها تقدران بالنسبة إلى القيمة وعلى كل حال فلا وجه لمواجهته لشيخ الطائفة وأمامها بهذا الكلام (فرع) ولو كان على الدين رهن انتقل إلى المشتري تبعاً للدين نص عليه فخر الإسلام في (الإيضاح) في باب الكفالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع الذي على مثله خمرًا أو خنزيرًا جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ﴾ أما جواز أخذ الثمن المذكور من الذي في الدين فقد صرح به في (المبسوط) في باب الرهن (والسراير والشرائع والنافع والتسديد وكرة والتحرير والمختلف والإرشاد واللمعة والروضة والمسالك وجمع البرهان والكفاية) وغيرها وهو ظاهر الباقيين وإن تفاوتوا في الظهور وعليه يحل قوله في (النهاية) من شاهد مدينا قد باع ما لا يحل للمسلم تملكه من خمر أو خنزير أو غيرها وأخذ ثمنه جاز أن يأخذه منه ويكون حللاً له بأن يكون المراد من المدين الذي وفي أكثر ما ذكر صرح بأنه يجوز أخذ الثمن وإن شاهده المسلم كما في الأخبار فيحتمل أن يحمل على أنه كان يبيع في بيته أو نحوه من الأماكن المستورة فيطلع عليه المدين أو يحمل على أن لا يكون الستم مشروطاً عليه في الذمة فليتأمل لأن جماعة قيدوا الحكم بما إذا كان مستتراً كما هو مقتضى الشرع قالوا فلو تظاهر به لم يجز قلت لأنه حينئذ في حكم الحربي عند الأصحاب ومن ثم قيدوا بالذي لأن الحربي لا يقر على شيء من ذلك فلا يجوز تناوله منه اقتصاراً فيما خلف الأصل الدال على تحريم إثم هذه على المسلم مطلقاً على المتيقن وليس إلا الذي ولاختصاص النصوص به تصريحاً في بعض وظهوراً في بعض آخر بحكم التلبه والتبادر لتدور وجود الحربي في بلاد الإسلام التي هي مورد الأخبار ودليل المسئلة أن له عليه ديناً فيكون في ذمته فيجوز أخذه من كل ماله وظاهر (جمع البرهان والرياض) أنه إجماعي وهو كذلك لأننا لم نجد مخالفاً مضافاً إلى أخبار الباب كخبر منصور قال قلت لابي عبد الله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر فيحل لي أن أخذها فقال إنما لك عليه دراهم قضاك دراهمك واحتمال عدم العلم بكون ذلك المدفوع ثمن الخمر كما في (جمع البرهان) من البعيد جداً ومثله صحيح محمد بن مسلم المروي في (الكافي والتهديب) عن ابن جعفر عليه السلام ورواه الشيخ في (التهديب) بسند آخر عن داود ابن سرحان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرًا أو خنزير وهو ينظر إليه فمضاه قال لا بأس أما للمقتضي فحلال وإلا للبايع فحرام ونحوه صحيحه زواره المروية في (الكافي) وخبر محمد بن يحيى الخثعمي وخبر أبي بصير وإطلاق هذه الروايات الأربع وإن شمل المسلم إلا أن الظاهر بحكم التبادر والغالب هو الذي دون المسلم لعدم اعتياده لبيع هذه الأشياء في بلاد الإسلام التي هي مورد الروايات وعلى تقدير الشمول يجب تخصيصها بغيرها من الأخبار المتضاربة بتحريم بيع الخمر والخنزير وإن ذلك من السحت وعدم تملكه لثمنها وفساد بيعه لهما فكيف يجوز اقتضاء مالا يملكه ويكون باقياً على ملك المشتري ويجب رده عليه أو التصديق به عنه مع جهله



ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسمها في الذم كان الحاصل لهما والتالف منهما نعم لو أحال  
كل منهما صاحبه بحصته وقبل المدينان صح ( متن )

به وعلى ذلك تحمل حسنة محمد بن مسلم في رجل ترك غلاما له في كرم له يبيعه عنيا أو عصيرا فأطلق  
الغلام فعصر خرا ثم باعه قال لا يصلح ثمنه الى أن قال ثم قال أبو عبد الله عليه السلام ان أفضل خصال  
هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بتمنها ومثله رواية أبي أيوب الخزاز فتحملان على عدم معرفة المشتري أو  
عدم إمكان تحصيله مضافا الى فحوى رواية ابن أبي نجران العجيجية عنه عن مولانا الرضا عليه السلام عن اصراتي  
أسلم وعنده خمر وخنازير وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره قال لا فان تحريم قضاء الدين من أثمانها  
عليه بد اسلامه يستلزم تحريم الافتضاء على المسلم الاصلى بطريق أولى وأما مقطوعة يونس في مجوسي  
باع خرا وخنازير الى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يبل لئلا قال له دراهمه وقال ان أسلم رجل وله  
خمر وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين قال يبيع ديانته او ولي له غير مسلم خمره وخنازيره  
فيقضي دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسه وهذه قد أفتى بها في (النهاية) على ما قيل اذ لم يجد  
ذلك فيها وأعرض عنها الاصحاب ورموها بالضعف بل قال في (كشف الرموز) ان أطراح مثل هذه  
الرواية أولى من اتباعها لئلا يضل بها قواد الكتب وتقل المحقق في (النافع) لم يصادف الواقع لان الشيخ  
قال وعليه دين على ما حكى عنه ولهذا قال في (التنقيح) لا يعلم الغائل ثم قال ان العمل بالرواية باطل لان  
المسئى ان خرج عن ملك الذمي باسلامه لا يجوز بيعه حيا وميتا لا بنفسه ولا بوكيله والاجاز بيعه بنفسه  
لكنه باطل اجماعا فهذه أخبار الباب وما حررناه في بيانها بتدفع اشكال المقدس الاردبيلي واتشكال  
المرسل الجرساني قال في (مجمع البرهان) ان الاخبار مختلفة بحيث يشكل الجمع بينها وانطباقا على القوانين  
قال في (الكفاية) مال بغيره اركان البائع ما لا يجوز وهو مناف لا لاطلاف اعتبار ككثيرة فالحكم به  
مشكل وأتت قوافل الجلال والشمس الذي أشار اليه هو الشيخ في رهن (المسوط) وابن ادراس  
في (السرائر) والمحقق في (الشرائع) والمحقق في (الكتاب والتذكرة والتحرير والمختلف) وقد يلوح من  
(السرائر والمختلف) انه اجماعى واداء جواز أخذ الجزية من ثمن خمرهم وخنازيرهم كما صرح به  
المصنف في (الكتاب والتذكرة) فهو صريح صحيح محمد بن مسلم ورواه الصدوق في (المقنع) على ما تامل  
قوله  ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسمها ما في الذم كان الحاصل لهما والتالف منهما كما  
في (النهاية والخلاف والبا سوط) على ما حكى عنه (الجواهر للقاضي والوسيلة والغنية والسرائر) في باب الدين  
(وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة) في موضعين (والارشاد والدروس واللمعة وحواشي الكتاب  
والتنقيح) وهو ظاهرا أكثر الباقيين وحكاها في (المختلف) عن أبي علي وأبي الصلاح التقي وفي (الاصحاح  
النافع) انه أظهر وفي (الغنية) الاجماع عليه وفي (الكفاية) أن المعروف بين الاصحاب أنه لا تصح قسمة  
الدين وفي (الروضة ومجمع البرهان) أنه المشهور واذا لم تصح قسمته كان الحاصل لهما والتالف منهما وقد  
حكيت على كون الحاصل لهما والتالف منهما الشهرة أيضا في شركة التذكرة ودين مجمع البرهان أيضا ونسبه  
التنقيح الى الشيخ وأتباعه وفي (الرياض) تارة أنه الا شهر وأخرى أن الشهرة عظيمة فتأمل ومحل النزاع  
ما اذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو اتلاف أو غير ذلك  
كما ذكر ذلك في شركة (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمقاصد) وقد

صرح في باب الشركة ( في النهاية والخلاف والمبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد للفخر وجامع المقاصد والروض والكفاية ) وغيرها بأنه لو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الآخر فيه وقد حكى عن القاضي وصرح في شركة (الكافي والغنية وجامع الشرائع ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح) بأنه لا تصح قسمة الدين وقضيته كما هو صريح بعضها أن الحاصل لهما والتالف عليهما وقد حكى في شركة (الخلاف) إجماع الفرقة وأخبارهم على ما حكيناه عنه وفي شركة (الغنية) أيضاً الإجماع على ما حكيناه عنها وقد حكيت الشهرة في شركة (جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان) كل على ما حكيناه عنه وفي (الكفاية) نسبه إلى الأكثر بل في (مجمع البرهان) أيضاً كأنه لا خلاف فيه إلا من ابن ادريس وروى الشيخ في الصحيح عن سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقسما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله ورواه الصدوق بإسناده عن ابن مسكان عن سليمان بن خالد مثله وروى في (التهذيب) عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقسما العين والدين فقوى الذي كان لأحدهما أو بعضه وخرج الذي للآخر يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله وروى في (التهذيب) عن أبي حمزة قال سئل أبو جعفر عليهما السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقتضى الآخر قال فاقضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بماله ورواه أيضاً بسند آخر في الموثق عن محمد بن مسلم مثله ورواه بسند آخر عن معاوية بن عمار ومارواه في (التهذيب والفقهاء) عن غياث عن جعفر عن أبيه (أبائه خل) عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقتضى الآخر قال ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بماله وقصور السند فيما عدى الصحيح منجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة والإجماع المحكي وبعض الوجوه الاعتبارية من أن المال مشترك فإن التقدير ذلك فلا يختص به القابض ولا دليل على لزوم القسمة في مثل ذلك مع أن الأصل عدمه وظاهر (مجمع البرهان) بل صريحه أنه لم يقف إلا على رواية غياث قال ومستندهم رواية غياث إلى أن قال والمستند غير معتبر لوجود غياث وقد نسب جماعة الخلاف في المسئلة لابن ادريس مطلقين والموجود في دين (السرائر) ما نصه وإذا كان الشريكان لهما مال على الناس فقسما واختار كل واحد منهما شيئاً منه ثم قبض أحدهما ولم يقبض الآخر كان الذي قبضه أحدهما بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما وما يمتقي على الناس أيضاً مثل ذلك لأن المال الذي في ذمم الغرماء من الديون غير مقسوم فهو شركة يعد لأن ما في الذمم غير مقبوض ولا يتعين حتى تصح قسمة فلاجل ذلك مهما حصل منه شيء يكون بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما انتهى فكلامه هنا نص صريح في موافقة المشهور كما حكيناه عنه آفاً (سابقاً ل) وقال في شركة (السرائر) فيما إذا كان بينهما شيء فباعه بثمن معلوم أن الشيخ قال أنه إذا أخذ أحدهما حقه من المشتري شاركه الآخر ورده بما حصله إن مقتضى الأصول أن لكل منهما أن يقبض حقه ولا يشاركه الآخر وقال ما ذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر ومن قلده وتابعه وقال إن المفيد والمرضى ما تعرضا للمسئلة إلى آخر ما قال كما سنسمعه ثم قال إن الوارد في المقام ثلاثة أخبار أحدها مرسل ولو سلم الخبر أن الأخيران تسليم جمل لملئناها على أن المال الذي

هو الدين كان على زجلين فاخذ احد الشركين جميع ما على أحد الغريمين قالوا اجب عليه هاهنا ان يقاسم شريكه على نصف ما اخذه منه لانه أخذ ما يستحقه هو وشريكه فهذا وجه صحيح فيحمل الخبران عليه ان أحسن الظن برواتهما هذا محصل ما ذكره وحاصله أن قوله عليه السلام ما اقتضى أحدهما فهو بينهما لا صراحة فيه لان المتقضي لم يصرح فيه بكونه مجموع الدين أو حصه المتقضي فقط ودلالاتهما على المطلوب متوقفه على ارادة الامر الثاني واللفظ يحتمل الامرين (ويرد) عليه ان ما الواقعة في الجواب للمعوم وكذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتمله يقتضيه أيضاً (واما) خبر قرب الاسناد عن زجلين اشترك في السلم أيصاح لها أن يقتسا قبل أن يقبضا قال لا يباس فيحمل على الصحة دون الزوم كما انا حملنا الاخبار السابقه على عدم الزوم أو يحمل الخبر المذكور على ما اذا اصطالحا على مافي الذم أو نحو ذلك جماعاً بين الاخبار كما سيأتي فاندفع الاشكال عن صاحب الكفاية وفي ( المختلف وايضاح النافع والمسالك ) أن قول ابن ادريس لا يخلو عن قوة وفي ( جامع المقاصد ) انه قوي متين وميل اليه في ( مجمع البرهان والمفاتيح ) وكأته في المفاتيح مستشكل ( ثم خ ) قال في ( السرائر ) كما اشرفنا اليه آنفا انه لم يذهب الى ذلك الا الشيخ في ( النهاية ) ومن تابعه وان المفيد وعلم الهدى لم يتعرضا للمسئلة وان أحدا من المتقدمين ما وضعها في تصنيف له ولا ذكرها أحد من القميين وأنت قد عرفت أن الشيخ ذكرها في ( النهاية ) وغيرها وان من تقدم عليه كابي علي ومن عاصره صرح بذلك بل هو في كتاب الدين صرح بذلك وكانه نسي ذلك الا أن تدعي الفرق بين المقامين فتقول انه يوافق المشهور فيما اذا اقتسما وكان الدين على متعددين ولا كذلك ما اذا كان الدين على واحد قلت كلامه وتعليقه في باب الدين يعطي عدم الفرق ثم ماذا تقول فيما اذا كان لهما على شخص قفيز حنطه وعشرون درهما فاقسما ذلك فكانت الحنطه لواحد والدرهم لآخر فاستوفى أحدهما ولم يستوفى الاخر والحاصل أن تكلف الفرق لا يكاد يتم وقوله ولا ذكرها أحد من القميين فيه ان غير القميين من الاجلاء العظام قد رووا المسئلة كما عرفت وكم من حكم ما الم به القميون ثم ان الصدوق روى خبر غياث فيكون داملا به على ما قاله في أول كتابه وقد رواه أيضاً محمد بن علي بن محبوب وهو قمي وقد روى خبر ابي حمزة تبيخ القميين ورئيسهم وهو حمد بن عيسى ثم ان طريق الصدوق الى غياث فيه أبوه وسعد وأحمد وكلهم قميون فكيف يقول ولا ذكرها أحد من القميين وقد احتج في شركة ( السرائر ) على مختاره بأن الكل واحد منهما ان يبرء الغريم من حقه وبهيه ويصالح على شيء منه دون الآخر ومتى ابرئ برء من حقه وان بقي حق الآخر وكذا اذا صالح علسه فكما لا يشارك من وهب وصالح المستوفي الاخر كذلك لا يشاركه هو ان استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد نهبت ولم يبق عرضها الادين في ذمته فاذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركة بل من امر كلي في الذمة لا يتعين الا قبض المالك أو وكيله وهنا ليس كذلك لانه انما قبض لنفسه ولم يقبض لشريكه نالوكالة وأنت خير بضعف الملازمة الساقه كما رماها بذلك جماعة واطال في بيانه في ( المختلف ) وحاصله الفرق بين اسقاط الحق وقبضه واما دايله الثاني فقد ايده المحقق الثاني والشبيد الثاني بوجوه خمسة كلها غير وجهية وان قال في ( جامع المقاصد ) أن بعضها في غاية المتانة والقوة وان الروايات لا تقاومها وذلك لعدم تحقيق المقام لانها انما تتوجه لو جعلنا حق الشريك متعينا في المقبوض على جهة الشركة والامر عند القائل به ليس كذلك لانهم أجمعوا هنا على لصاحب الدين أن يطالب به

منفردا لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط على تحصيله واجمعوا على أن الشريك اذا لم يختار  
 مشاركته يختص بما قبض وحينئذ فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو والقابض على  
 حصر بعض هذا الامر الكلي الثابت في الذمة في الفرد المقبوض والحال ان مافي الذمة وهو الامر الكلي  
 مشترك بين الشريكين فالشريك الآخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان  
 لا يجيزه فطالب المديون بحقه لان حق التعيين لا يتم الا برضاه وحينئذ فيتعين المعين أولا لقابضه  
 وهذا هو الوجه في تخييرهم له بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه فعلى هذا لو اشترى بما قبضه شيئا  
 وقف البيع على اجازة شريكه بمقدار حقه ( فان قيل ) اذا كان تعيين الكلي متوقفا على رضا الشريكين  
 فيجب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض أيضا لان الكلي لم يصح حصره في المعين بسبب  
 عدم رضى الشريك فكيف يتعين بالنسبة الى واحد دون واحد مع استحالة الترجيح بتغير مرجح  
 ( وبحاب ) بأن المرجح موجود هنا وهو أن القابض قدرضي بتعيين حقه أجمع في المعين لكنه كان موقوفا  
 على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه ليس بمجموع مافي الذمة حتى يحكم بطلانه بسبب تعلق  
 حق الشريك بالتعيين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يتخير الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لتدومه على  
 ذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل وبقي القدر الآخر باقيا في ذمة المديون للشريك ومن  
 هاوجب على الغريم الدفع اليه لانه بقدر حقه وامره بوزول الى انحصاره فيه أو فيه وفي شريكه وكلاهما يجب  
 الدفع اليه والشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب دفعه لاجله بل لاجل  
 الشريك المطالب والحاصل ان الحق لما كان قد تعين باختيار المالك وقبض الغريم وانما كان موقوفا على  
 أمر الشريك فاذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وبهذا تدفع  
 الامور الخمسة ويظهر أن ليس فيها من القوة شيء كماطه جماعة كما عرفت وستسمع هذه الوجوه فهذا  
 المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تماما لتعيينه له على التقديرين بل على القوانين  
 قماءه قبل اختيار الشريك له وتلفه عليه واما النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قضيا  
 منزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم أو على مشاركته فينتقل ملكه اليه  
 فان اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض وتبعه النماء وان اختار أخذه ملكه على  
 الظاهر من حين قبض شريكه لانه يكون بمنزلة عقد المضول واما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من  
 القابض على التقديرين لتدومه على ضمانه ولعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وقد بين ذلك كله  
 في ( المسالك ) لكنه بعد ذلك قال ان قول ابن ادریس لا يخلو من قوة كما ستسمع وقد حاول هذا  
 التحرير صاحب ( التنقيح ) ولم يتفحه فبقى كلامه مجملا مشكلا ونحوه مافي شركة ( التذكرة ) والوجوه التي  
 ايدوا بها كلام ابن ادریس ( اولها ) انه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه  
 حق وقد عرفت الحال في هذا آتيا ( الثاني ) انه لو كان للشريك في المدفوع حق لازم وجه قبيح وهو تسلط  
 الشخص على مال غيره بغير اذنه وقد عرفت أن حق الشريك غير متعين على جهة الشركة بل جعلناه  
 مخيرا فلا قبح ( الثالث ) انه لو كان كذلك لوجب ان يبرء الغريم من مقدار حقه من المدفوع  
 لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه وجوابه يعرف مما مر ( الرابع ) انه لو نهاه  
 الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب أن لا يكون للشريك فيها حق والا  
 امتنع أخذ حقه بمنع الشريك ( والجواب ) انك قد عرفت أن ليس للشريك حق متعين على جهة

ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا يبعه نسيئة ولو كان الثمن والمثمن من الرويات اشترط في يبعه بمجنسه التساوي قدرأ والحلول ( متن )

الشركة فيتمكن من المطالبة بحقه وللشريك الاجازة بعد وان نهاء قبل ( الخامس ) ان المقبوض اما أن يكون مالا مشتركا أولا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر أموال الشركة وتبرء ذمة الغريم منه والا لم يكن للتسريك فيه حق وقد عرفت أن ليس للشريك حق متعين وان التلف من القابض لعموم الخبر واقدامه على الضرر وزاد في جامع المقاصد ( سادسا ) وهو ما اذا ضمن ضامن لاحد الشركيين حصته فانه يصح الضمان لعموم ادلته فيختص بالمال ( بأخذ المال خ ) المضمون من الضامن قال وهذا أحد دلائل التمكن من أخذ الحصص منفردا ( وسابعا ) وهو انه لو أجل أحد الشركيين حصته باشرط ذلك في عقد لازم ونحوه جاز قطعا فان قبض الشرك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء لانه لا يستحق نسيئة الآن وتمكنه من تأجيله يقتضي جوار قبض الحصص منفردا لاستلزامه تمييز حصته عن حصص الآخرين فلو امتنع ذلك امتنع التضمين وهذان هما اللذان دعيا صاحب ( المسالك ) الى القول بقوة قول ابن ادريس وهما ليس بشيء لأن الابراء والهبة وبيع حقه على المديون ومصالحته عنه وتصلحها على ما في الذم بهضا ببعض وضمان الغير لاحد الشركيين وتأجيل أحدهما حصته ونحو ذلك خارجة عما نحن فيه اذ لا ريب في بقاء حق الشرك وليست كالتبض اذ التمييز الذهني كاف في صحتها واما في صورة التبض فليس كذلك اذ المال مشترك فان التقدير ذلك فاذا دفع الى أحدهما قائما دفع عما في ذمته والدفع انما هو المال المشترك فلا يختص به القابض وما ذكره المصنف في الكتاب من انه لو احوال كل واحد منهما صاحبه بحصته وقبل المدينان صح فقد استشكل فيه في التذكرة ونظر فيه في التنقيح وفي ( الدروس ) انه لا اثر له لانه توكل في المعنى قلت وجملة من اخبار الباب قد اشير فيها الى ذلك وربما حمل كلام المصنف على سبق الدين كما في ( الدروس والحواشي والتنقيح والمسالك والكفاية ) وغيرها وحمل أيضا في ( جامع المقاصد والمسالك والروضه ) وغيرها على صحة الحوالة من البريء وذلك في الحوالة الاولى خاصة لانها حوالة ممن ليس في ذمته دين فيني على صحتها ولا يلزم في الثانية لانها تقع ممن كانت ذمته مشغولة بما أخذه في الاولى وليس هو من الحوالة على البريء لانها صحيحة على الاقوى لكان اجماع ( السرائر ) وعموم الامر بالوفاء وهو المشهور والمخالف الشيخ في أحد قوليه في ( المبسوط ) وحينئذ يمكن توجيه بعض اخبار الباب التي تضمنت بظاهرها أنها لا اثر لها وتام الكلام في المسئلة في باب الشركة فايحظ قوله ﴿ ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا يبعه نسيئة ﴾ الكلام يقع في مقامات ( الاول ) بيع الدين المؤجل بمقد آخر والحال انه لم يحل بدين كذلك ( الثاني ) ان يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بثمن كذلك ( الثالث ) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بحاضر مستخص مشار اليه ( الرابع ) بيع دين مؤجل حال بحاضر مشار اليه ( الخامس ) بيع دين حال بدين مؤجل حال ( السادس ) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال ( السابع ) بيع دين مؤجل حال بثمن مؤجل كان يبيعه نسيئة ( الثامن ) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فتبايعا بالدينين ( اما الاول ) فقد نقل الاجماع جماعة على فساده وقد فسر بيع الكالي بالكالي المصنف والشهيدان والمقداد والسكري وغيرهم بما اذا كان العوضان مؤجلين والنهي عن بيع الكالي بالكالي بهذا اللفظ من طرق العامة

والذي في اخبارنا انما هو المنهي عن بيع الدين بالدين كما في رواية طلحة بن زيد في (الصحيح) في بيع الدين قال لا يبيعه نسيئاً واما تقدا فليعه بما شاء ويظهر من (التذكرة) في مقام آخر أن بيع الكالي بالكالي هو بيع الدين بالدين سواء كان مؤجلاً أم لا وظهره تحريم كلا الأمرين وقد تقدم الكلام في ذلك في المقصد الرابع في أنواع البيع (واما الثاني) ففي مجمع البرهان ان ظاهر العرف وكلام الفقهاء فسادة وانه كالأول لانه أيضاً بيع الكالي بالكالي ثم احتمل قصره على الأول لانه المتبادر وأيده بالأصل مع عدم العلم بالاطلاق عرفاً وبالعمومات مع ان سند روايتي المنع غير معلوم الصحة لان الأولى عامية والثانية ضعيفة بطلحة بن زيد البتري فيقتصر على موضع اليقين (قلت) الضعف منجبر بالشهرة والاشتهار كما اعترف هو بذلك وقد صرح جماعة بطلان هذا القسم وفساده وكلامهم في باب السلم معلوم وستسمع الاجماع عن جامع المقاصد بل صرح (في النهاية والسرائر والمختلف والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وجامع المقاصد والروضة) بطلان البيع فيما اذا جعل ثمن المسلف فيه ديناً يستحقه في ذمة البائع وهو أقرب الى الصحة مما نحن فيه ولهذا ذهب المحقق وتلميذه الآبي والمصنف في (التحرير) والمقداد والقطيبي الى الصحة فيما مثلنا به ومبنى الكلام في مسئلتنا يتوقف على بيان المراد من الدين ببيع الدين بالدين الذي نهى عنه في الخبر وانتمد الاجماع عليه هل عبارة عما كان ديناً قبل العقد فيخص بذلك أو يتصل ما صار ديناً بسبب العقد وان لم يكن ديناً قبله والمشهور بل المجمع عليه الثاني كما بيناه غير مرة لان المسلم فيه فيما مثلنا به ليس بدين حال العقد وانما يصير ديناً به مع ان ظاهرهم الاجماع على انه من بيع الدين المنهي عنه لو كان الثمن ديناً غير حال وانما يتأملون فيه من جهة الثمن الذي هو في الذمة وفي حكم المقبوض ولم أجد من أخرج المسلم فيه عن الدين لأن كان بعد العقد لا قبله الا الفاضل الشيخ ابراهيم القطيبي وهو على تأخره معلوم النسب عند من يعتبر ذلك وقال المحقق الثاني في (جامع المقاصد) اسم الدين واقع على المؤجل وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد لان المحققين من أهل اللغة فسروا الكالي بالمؤخر وقد أطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل (قلت) وقد سمعت ما ذكرناه في أول الباب في تفسير الدين (ومما ذكر) يعلم حال ما ذكره الشهيد الثاني في كتابيه من أن الدين المنوع منه ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء به والمضمون عند العقد ليس بدين وانما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين به ولانه يلزم مثله في بيعه بحال والفرق غير واضح ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان أرادوا به قبل العقد فمنوع أو بعده فمشترك واطلاقهم له عليه عرفاً اذا بيع فيه مجاز ولو اعتبر هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبضه خصوصاً اذا أمهله من غير تأجيل انتهى وهذا ايراد أورده المحقق الثاني وأجاب عنه بما حكيناه عنه (قلت) والفرق بينه وبين الحال أنه مع اشتراط التأجيل وذكره في العقد يصدق انه بيع دين بمثله اما بعد العقد فواضح وأما في أمثاله فلان الشرط كالجزء من العقد وترتب الحكم من الصحة والفساد انما يتوقف على تمامه فاطلاق اسم الدين عليه في أثناء العقد وبعده حقيقي بخلاف الحال فانه ان صح اطلاقه في صورة الامهال فمجاز لما عرفت فلا اشتراك فليحفظ (فليلاحظ) هذا فانه نافع في المقامات الآتية (وأما المقام الثالث) فقد تقدم الكلام آنفاً عند شرح قوله يصبح بيع الدين على من هو عليه (وأما الرابع) أعني بيع الدين الحال بمحاضر مشاراليه فقد حكى على جوازه الاجماع في (المقتصر) وهو ظاهر (ايضاح النافع) وفي (مجمع البرهان) لا كلام فيه وفي (الرياض) لا خلاف في الجواز الا في البيع على غير من هو عليه

فخالف فيه ابن ادريس وقد تقدم ولا فرق في ذلك بين أن يكون مؤجلاً ثم حل أو يكون غير مؤجلاً (وأما الخامس) وهو بيع الدين الحلال بدين مؤجل قد حل فقد جوزه في (الدروس) قال لو كان الدين حالاً جاز بيعه بالعين والدين الحلال ونحوه ما في (اللمعة) وقواه في (الروضة) ومنع منه الشيخ في (النهاية) والمصنف هنا وفي (التذكرة) في موضع منها والمختلف ومنع في (الوسيلة) والنافع وكشف الرموز وحواشي الكتاب والمهذب (البارع) من بيع دين بدين آخر وفي (المهذب) الاجماع عليه قال ما حاصله فلو باعه ديناً في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمر ولم يجز قولاً واحداً واطلاق كلامهم يتناول ما نحن فيه فليأمل فيه وما نسبناه الى النهاية هو الذي فهمه منها المصنف في المختلف وهذه عبارة (النهاية) ولا بأس أن يبيع الانسان ماله على غيره من الديون قدماً ويكره أن يبيع الانسان ذلك نسيئة ولا يجوز بيعه بدين آخر مثله وهي محتملة لما اذا كانا مؤجلين أو حالين كعبارة الكتاب والتذكرة لكنه قال في (المختلف) وأما ان كان حالاً لم يجز بيعه بدين آخر مثله وهل يجوز بيعه نسيئة قال في (النهاية) يكره ذلك مع انه منع من بيعه بدين آخر مثله فقد فهم منها المنع من بيع الدين الحلال بالحال والا لما صحت المعارضة لان المؤجلين الدين لم يحل لم يجز بيع أحدهما بالآخر اجماعاً (وكيف كان) فالدين المؤجل اذا حل يحتمل أنه لا يجوز بيعه بدين مؤجل قد حل لصدق اسم الدين عليه لتضمنه الاجل في الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين اذ لا يعد من اعتبار الاحل فيه اعتباره حين ثبوته فيكون الدين ما ضرب له اجل في أول الامر فلا ينافيه خلوه عنه في ثاني الحال ولذا تراهم يطلقون عليه بعد حلول أجله اسم الدين اطلاقاً حقيقياً لا يصح السلب عنه ويحتمل الجواز للشك في الصدق وهه كما عرفت وللزوم الاقتصار في المنع عن بيع الدين بالدين المخالف للاصل على محل الوفاق وما نحن فيه محل خلاف وليس من محل الفرض والظهير المانع عنه وان كان عاماً لكنه قاصر سنداً يشكل الاعتماد عليه فيما عدى محل الاجماع الا أن نقول ان الشهرة حارة له سلمنا عدمها لكن اشتهاره لا يكاد يسكر (واما المقام السادس) فهو كما اد باعه الدين الحلال بدين كلي لم يكن مستقراً في ذمته قبل البيع فقد صرح بجوازه (في الشرائع والمدعو كتاب) فيما يأتي (والتحرير والتذكرة والارشاد والمهذب الباع والمقتصر والمسالك والروضة ومجمع البرهان) وهو ظاهر (الدروس واللمعة) وغديرها وفي ايضاح اناج يجوز قطعاً وظاهره الاجماع وفي (المسالك والرياض) لا اشكال فيه ويظهر ايضاً من المسالك الاجماع وقد سمعت ما في (جامع المقاصد) آها ودأله بعد الاصل والعمومات انه لا يصدق عليه لغة اسم الدين ولا الكلي بل ولا عرفاً وان تأمل في العرف المقدس الاردبيلي (واما السابع) فقد منع منه في (السرائر والتذكرة) في موضع منها (والارشاد والتحرير والدروس واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) واستحسنه (في المختلف) ووجه ما حررناه في بيان المقام الثاني والمقام الخامس والجواز خيرة (النهاية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة) في موضع منها (وحواشي الكتاب والتنقيح وايضاح النافع والمسالك) وميل اليه (في الروضة ومجمع البرهان) للأصل وان الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً الى آخر ما حكيناه عن الشهيد الثاني في المقام الثاني مضاعفاً الى ما ذكرنا في حجة الجواز في المقام الخامس وفي كثير مما ذكر صرح بالكراهة وأما الثاني فقد منع منه (في جامع المقاصد) وفصل هو (في حاشية الارشاد) فمنع منه اذا كان مؤجلين لم يحل وجوزه اذا كانا حالين وقد تقدم الكلام في مثله في باب الصرف هذا وحيث يصح البيع فلا بد من مراعاة شروطه كما أشار اليه المصنف بقوله ولو كان الثمن

وارزاق السلطان لا يصح بيعها الا بعد قبضها وكذا السهم من الزكاة والخمس ﴿المطلب الثاني في القرض﴾ وفيه فضل كثير وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب (متن)

والثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدرأ والحلول ﴿قوله﴾ وارزاق السلطان لا يصح بيعها الا بعد قبضها ﴿كما﴾ (في المنفعة والنهاية والوسيلة والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لان ذلك غير مملوك ﴿قوله﴾ وكذا السهم من الزكاة والخمس ﴿كما﴾ (في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لعدم ملكه لعدم قبضها \* (المطلب الثاني في القرض) \*

﴿قوله﴾ وفيه فضل كثير ﴿وهو مندوب مرغّب فيه اجماعاً﴾ كما (في التذكرة) بل استحبابه ضروري لكنه كاد لا يوجد في الغربي على مشرفه أفضل الصلوة والسلام (قال الباقر عليه السلام) من أقرض قرضاً الى ميسرة كان ماله في زكوة وهو في صلوة من الملائكة عليه حتى يقتضيه (وعن) كتاب عقاب الاعمال عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من نسكى اليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عليه الجنة يوم يجزي المحسنين (وعن الامالي) في خبر الماهي من احتاج اليه أخوه المسلم في قرض وهو يقدر عليه ولم يفعل حرم الله عليه ربح الجنة الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة الحاتة عليه المرعبة اليه ﴿قوله﴾ وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب ﴿هذا من الاخبار المرغبة فيه وقد رواه الشيخ﴾ (في النهاية) وابن ادريس في (السرائر) والمصنف (في التحرير) ونقل روايته (في التذكرة) عن الشيخ قال في (جامع المقاصد) الجار في بمثله يحتمل أن يتعلق بالصدقة فيكون المعنى القرض بتمني أفضل من الصدقة بمثل ذلك الشيء وفضليته في الثواب فيكون الجار في قوله في الثواب متعلقاً بأفضل (وقد يقال) الأفضلية هالا تكون الا باعتبار الثواب فقد يقال ان في الثواب مستدرك ويحتمل أن يكون الجار الاول متعلقاً بأفضل ويكون المعنى المراد ان القدر المقرض أفضل من الصدقة به بمقدار مثله في الثواب (ويرده) أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله فيكون فساداً انتهى (قلت) التقدير ثمن المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه فلا فساد كما لا استدرك على التدبيرين لجوار كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين غير حق ويطير بجاحيه ودابة في الارس . المعنى الثاني هو الاوفق بمناسبة الا حر المشهور وهو ان درهم الصدقة بعشرة والقرض بتمنة عشر وذلك لان القدر المعروف من ثواب الصدقة والمشارك بين جميع افرادها عشرة فنكون درهم القرض بعشرين لانه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق الخبر المشهور وذلك لان الصدقة بدرهم متلاما صارت عشره وحصلت لصاحبها حتى أخرج دها ولم يعد اليه فأثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض بثمانية عشر لانه أفضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة تمام هو في الثواب المكتسب ولك أن تقول أن درهم القرض لما كان يرجع بعينه ويرجع ما قبله من الثواب المخصوص تلك العين يكون الباقي ثمانية عشر فتأمل في هذا واما المعنى الاول فاما يدل على أرحمة القرض على الصدقة مطلقاً لا على تقدير الرجحان ثم ان ترتب الثواب عليه فضلاً عن زيادته على ثواب الصدقة فرغ التقرب به الى الله سبحانه وتعالى فلو خلى عنه لم يترتب عليه ثواب فضلاً عن زيادته وذلك ظاهر مضافاً الى الخبرين الربا ربا أن أحدهما حلال والاخر حرام فاما الحلال فهو أن يقرض الرجل أخاه قرضاً طمعا أن يزيده ويعوضه أكثر مما يأخذ من غيره فاما مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه وهو قوله تعالى فلا يربو عند الله الحديث (وقد ينظر ان



ولا بد فيه من (إيجاب) صادر عن أهله (متن)

ترتب الثواب عليه وزيادته على ثواب الصدقة تفضل من الله سبحانه وتعالى وان لم يقصد القرية لانه لا يقع الا في يد المحتاج ولانه يعود فيقرض مرة أخرى ولا كذلك الصدقة وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القرية كالكرم والحياء وقد روي أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ويحمل على الصدقة الخاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات فقد روي انها على أقسام كثيرة منها ما أجره عشرة ومنها سبعون ومنها (سبعائة نخل) وسبعائة وسبعون ألفاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد فيه من ايجاب صادر عن أهله ﴾ قال في (جامع المقاصد) ظاهر عباراتهم انه لا بد من الايجاب القولي وعبارة (التذكرة) أدل على ذلك قلت وهو كذلك ففي (المراسم والوسيلة) وجملة من العبارات انه يفتقر الى ايجاب وقبول وهذه العبارات ظاهرة في القولي فيهما أي الايجاب والقبول وكما ان عبارة (الشرائع) في بعض نسخها (والمسالك والروضة والكناية) صريحة في ذلك فيهما وقريب منها عبارة (اللمعة) وعبارة (التذكرة) كادت تكون صريحة في ايجاب الايجاب القولي وعبارة (الارشاد والتحرير) ظاهرة في اشتراط اللفظ فيهما وان تفاوتتا في الظهور وعبارة (التذكرة) في القبول كعبارة الكتاب صريحة في الاكتفاء في الفعل والقولي وهو الذي قر به في (الدروس) قال والا قرب الاكتفاء بالقبض لان مرجعه الى الاذن في التصرف وكأن التعليل عليل ان أراد الاكتفاء به في الملك كما هو الظاهر ونسب ذلك الى جماعة في (المسالك) قلت بل ظاهر (التذكرة) كما فهمه منها المولى الاردبيلي أنه لانزاع في القبول الفعلي وانما النزاع في عدمه مطلقاً وقد خلت بقية العبارات عن التعرض للعقد بالكلية لكن كلامهم في الاحكام والشرائط يدل على التوقف على العقد على أحد القولين كقولهم ان ليس للمقرض انتزاع العين وان للمقرض أن يتمتع من رد العين فيرد بدلها وقد يكونون ممن يكتفون بالمعاطة (حجة) القائل باشتراط الايجاب والقبول القولين انه لا خلاف في افادته انتقال الملك اما بالعقد والقبض أو مع ضمانة التصرف على الخلاف الآتي فلا جرم وجب الاقتصار فيه لمخالفته الاصل على ما يتحقق به الانتقال بالاجماع والضرورة وهو ما اذا كان بعقد يتضمن الايجاب والقبول فلا تكفي المعاطات فيه وان اكتفي بها في حصول اباحة التصرف (قلت) ويكتفي بها في حصول الثواب ولزوم العوض اذ يكفي في ذلك القصد والاعطاء والقبض بذلك القصد ولا ينبغي النزاع في ذلك كما في مجمع البرهان (وحجة) القائل باعتبار اللفظ في الايجاب والاكتفاء بالقبول الفعلي في حصول الملك وترتب الاحكام كعدم جواز انتزاع العين للمقرض صدق اسم القرض لغة وعرفاً والاصل عدم اعتبار أمر زائد عليه وانه لم ينقل عن العصر السالف اعتبار الصيغة مع استمرار الطريقة على ذلك في الجليل والحقير بل الظاهر أنهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب والقرينة والاعطاء كما يرشد الى ذلك حديث استقراض علي بن الحسين عليهما السلام فانه كالظاهر في ذلك (الا أن يقال) ان ذلك كله من باب المعاطة وأما كلام أهل اللغة فقد قال في (مجمع البيان) أقرض فلان فلانا اذا أعطاه ما يتجازاه منه وفي (الصحاح والقاموس) القرض ما تعطيه لتقاضاه ونحوه ما في (مجمع البحرين) وفي (المصباح المنير) استقرض طلب القرض واقرض أخذه ونحوه ما في (النهاية الاثيرية) وكلامهم هذا وان دل على عدم الحاجة الى القول من الجانبين فكفي المعاطة كما احتملناه من كلام جماعة الا انك يمكنك أن تدعي أن ظاهرهم الاجماع على اعتبار اللفظ في

كقوله أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه (متن)

الايجاب وقد اكتفوا في الوكالة في الايجاب والقبول بما يدل عليهما ولو بالاسارة المفهومة في الاول والفعل الدال على الرضا في الثاني من غير خلاف بينهم (١) والمشهور في العارية الاكتفاء بما يدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً كما أن المشهور ذلك في الهبة أعني صدقة التطوع وظاهر (التذكرة) عدم الخلاف بيننا في جواز قبول المضاربة بالفعل وفي الاكتفاء في الايجاب والقبول بكل لفظ هذا مضافاً الى ما سمعته عن (التذكرة) من ظهور عدم الخلاف في الاكتفاء بالقبول الفعلي فيما نحن فيه نعم قال جماعة في الشركة حيث تكون من جملة العقود لا بد فيها من اللفظ الصريح من الجانبين ولعله للفرق بينها وبين الشركة ويحتمل أن يكون لمخالفة الاصل ثم الظاهر انه على القولين لا يشترط فيه المقارنة ولا غيرها مما يشترط في العقود اللازمة وهذا كله بناء على المشهور من عدم توقف المالك على التصرف وأما على القول بتوقفه عليه فينبغي أن لا يتوقف على العقد بمعنييه لان ثمره الخلاف في جواز رجوع المقرض بالعين مادامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقرض فعلى المشهور ليس للمقرض الرجوع بالعين وله ذلك على القول الآخر وكذلك الحال في التنازل قبل التصرف ان قلنا بأنه أي التصرف ناقل للملك حقيقة أو ضمناً يعني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الأمر الغير المالك فانه للمقرض على المشهور وللمقرض على القول الآخر ولو قيل فيه بالكشف فيه احتمالان وتظهر الفائدة أيضاً في نفقة الحيوان وفي وقت انعاقه لو كان ممن ينعق على المقرض الى غير ذلك وبذلك يظهر ما في (المسالك) من قوله ولو قلنا بتوقف المالك على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد (الا أن يقال) ان ترتب الأثر بعد التصرف على الوجه الآتي المناظر للاباحة يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد انتهى فتأمل في كلامه الاخير ثم انه ليس في كلامهم تصريح ببيان المراد بالتصرف الموجب للملك على ما ذكره في (المسالك) وبعض العبارات تشعر بأنه المتلف أو الناقل وعن الشهيد أنه مطلق التصرف كما هو الظاهر فيعود الخلاف لفظياً بينه وبين القول الثاني فان القبض نوع من التصرف على ما قد قيل وهذا حديث اجالي وتمام الكلام يأتي بعون الله تعالى كما يأتي الجمع بين قولهم انه عقد جائز وقولهم ليس للمقرض الرجوع بالعين وان كانت باقية بل له المطالبة بها أو غيرها ويندفع الاشكال عن صاحب المسالك وامل المصنف أراد بقوله صادر عن أهله ما أشار إليه في (التذكرة) بقوله يعتبر فيه أهلية التبرع لأن القرض تبرع فلا يقرض الولي مال الطفل الا لضرورة ومنه يعلم حال قوله في (الدروس) وأهلوه أهل البيع اذ ليس أهله أهل البيع بل هناك شرط آخر زائد كما عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ كقولك أقرضتك أو تصرف به أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه ﴾ ونحوه ما في التحرير وزاد في (التذكرة) أسلفتك أو خذ هذا بتملكه أو خذه واصرفه فيما شئت ورد مثله وقال جماعة انه لا ينحصر في لفظ كالعقود الجائزة بل كل لفظ دل عليه كفي الا أن أقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج الى ضمنية عليك رد عوضه ونحوه وغيره يحتاج اليها كما صرح به في (جامع

(١) وقد يقال ان ذلك من باب المعاوضة في الوكالة والفرق انه لا يثبت بذلك جعل لو كان مشروطاً فيها فتأمل ويجري مثل ذلك في العارية بل في الوديعة بل قيل في الوديعة أنها ليست من العقود (منه طاب ثراه)

(وقبول) وهو ما يدل على الرضا قولاً أو فعلاً وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة (متن)

المقاصد والمسالك والروضة والرياض) ولم يذكر في الارشاد هذا القيد أعني عليك رد عوضه بعد تنفع به وتصرف به ولعله اكتفى بالمقاولة وذكره قبل وقال في (الدروس) له عقد ايجابه أقرضتك أو أسلفتك أو ملكتك وعليك رد عوضه أو خذه مثلاً أو قيمة أو تصرف فيه أو انتفع به كذلك وشبهه انتهى ولعله لو أخر وعليك رد عوضه مع قوله مثلاً أو قيمة الى بعد قوله وانتفع به واستغنى عن قوله كذلك لكان أجود وسيأتي الكلام فيما اذا قال له ملكتك وأطلق والضمير في شبهه في عبارة الكتاب عائد الى قوله كقوله أقرضتك ويمكن عوده الى قوله وعليك رد عوضه بتأويل هذا المعنى وشبهه قوله ﴿ وقبول وهو ما يدل على الرضا قولاً وفعلاً ﴾ قد عرفت الحال في ذلك والقائل بافتقاره الى اللفظ قال لا ينحصر في عبارة ففي (الشرائع) هو اللفظ الدال على الرضا ولا ينحصر في عبارة ونحوه ما في التحرير وفي (الدروس واللمعة) قبلت وشبهه قوله ﴿ وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة ﴾ ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها عندنا كما في التذكرة والمسالك وفي (الغنية) الاجماع على أنه يحرم اشتراط الزيادة سواء كان في القدر أو الصفة وفي (السرائر) أنه لا خلاف بين أصحابنا انه متى شرط زيادة في العين أو الصفة كان باطلاً والاجماع حاصل منعقد على هذا انتهى وفي (المختلف) اذا أقرضه شيئاً وشرط عليه أن يرد عليه خيراً مما أقرض كان حراماً وبطل القرض اجماعاً وفي (مجمع البرهان) أن تحريم شرط النفع في القرض عيناً اجماعي بين المسلمين وفي (الكفاية) يحرم اشتراط النفع لا أعلم فيه خلافاً والحكم المذكور بأطرافه صرح في (المسوط والسرائر) وما تأخر عنها وهو معنى قول المحقق في كتابه ويجب الاقتصار على العوض وهذا الاطلاق وما كان نحوه وان عم صورتي اشتراط الزيادة وعدمها كعموم أدلة تحريم الربا والزيادة الا انه مخصصة بالصورة الاولى خاصة كما ستسمع وقد استثنى جماعة من منع اشتراط الصفة ما لو شرط الصالح عوض الغله فانه جائز منهم الشيخ في (النهاية) والقاضي والحلي فيما حكى عنهما وابن حمزة في (الوسيلة) وزاد الحلبي أيضاً جواز اشتراط العين من القدين بدل المصوغ منهما واشتراط الخالص بدل النش وفي (السرائر) ان مراد الشيخ الغلة مكسرة الدراهم وقد صرح في (الوسيلة) والنهاية) بالفساد بزيادة الصفة فيما عدا ذلك كما ستسمع كلام الوسيلة وظاهر (التحرير) التردد وقد يلوح ذلك أي التردد من الكفاية وظاهر المحقق المقدس الاردي يميل الى ذلك وتعميم الحكم في المنفعة الحكيمة لا خصوص ما في النهاية وما واقفها بل ربما يظهر من حكايته عن الشيخ والجماعة انهم عموا الحكم قال واما اشتراط الزيادة وصفاً مثل ان يشترط الصحيح عوضاً عن المكسور فنقل عن الشيخ والجماعة جوازه وكأنه مثل اشتراط الجيد عوضاً عن الردي للاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من اجماع ونحوه وخبر العامة ليس بصحيح ومعارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جملة من الاخبار المطلقة في جواز أخذ نفع القرض الى أن قال نعم يمكن حملها على ما اذا لم يشترط جمعاً بين الادلة ثم أورد جملة من الروايات الدالة على نفي البأس ما لم يشترط ثم ذكر صحيحة محمد بن قيس وقال هذه صريحة في المنع والتحرير عن الزيادة الوصفية الى ان قال فلولا الحمل بل ولولا هذه الرواية لكان قول الشيخ والجماعة قوياً بما تقدم من عدم نص صحيح في المنع في الوصف لان الاخبار المتقدمة لنا دلت بالعموم على البأس مع الشرط وهو اعلم من الكراهية والتحريم وكان الحمل على الكراهية أولى فتأمل (وفيه) مع اطباق

فلو شرطها فسد ولم يفد جواز التصرف ( متن )

بأبي الاصحاب على خلاف هذا القول ومنهم الشيخ في ( المبسوط ) انه مصادم لاجماع ( الغنية والسرائر والمختلف ) وان ثبوت البأس المدلول عليه بالمفهوم في الاخبار مع الزيادة مطلقاً أو مع الشرط كقول الصادق عليه السلام في صحيح الخليلي اذا اقترضت الدراهم ثم جئت بخير منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط وان كان أعم من الكراهية والتحرير الا أن صحيحة محمد بن قيس لما صرحت بالتحرير كما اعترف به هو وجب حمل هذا الاطلاق في هذه الاخبار عليها وتقييده بها وهذا متن الصحيحة المذكورة من اقراض رجلاً ورقاً فلا يشترط الا مثلاً فان جوزي بأفضل منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة او عارية متاع يشترطه من اجل ورقه ثم ان خبر خالد بن الحجاج قد تضمن ان الربا جاء من قبل الشرط وانما يفسده الشروط والضعف منجبر بالشبهة معتضد بما عرفت وقد وسمه في ( الرياض ) بالصحة وليس بصحيح لان احداً لم يوثق بخالد غير احكامه ابن داود عن النجاشي قال يحيى بن الحجاج بغدادي ثقة هو وأخوه خالد ناقلاً لذلك عن النجاشي واستنظر بعضهم زيادة لفظ هو وايدته بأن النجاشي لم يذكر خالداً في الموثقين ولعل مستند الشيخ ومن واقفة كما في ( السرائر ) موثقة ( صحيحة نخل ) يعقوب بن شعيب قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الغلة فيأخذ منه الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه أفضل الصلوة والسلام ورد في ( السرائر ) وغيرها بأنه ليس في الخبر للشرط ذكر فلا دلالة فيه فان أعطاه الصحيح والزائد بدون الشرط مما لا خلاف فيه وقد حكى عليه الاجماع جماعة كما ستسمع هذا وفي صحيحة محمد بن قيس المذكورة آنفاً كلام ونحقيق يأتي ذكره قريباً وقد ذكرنا بعضه في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة الخ قوله ﴿ ولو شرطها فسد ﴾ اي لو شرط الزيادة في قدر القرض أو صفته كأثني عشر في عشرة والصحيحة في المكسرة فسد القرض للاجماعات المحكية آنفاً كاجماع السرائر والمختلف بل واجماع الغنية والنبوي المنجبر بالشبهة واستدل عليه في ( جامع المقاصد ) بالنصوص الدالة على صحته مع الزيادة اذا لم يشترطها ( وقد يقال ) ان الظاهر من اخبار الباب انما هو بطلان الشرط فان مفهوم نفي البأس مع عدم الشرط في كثير منها انما توجه الى الزيادة كموثقة اسحق بن عمار المشتملة على انه ينيله الشيء بعد الشيء كراهة أن يأخذ ماله ايجل ذلك قال لا بأس اذا لم يكونا شرطاه ومثله خبر اسحق الآخر وحسنة الخليلي ونحوه قوله عليه السلام في صحيحة ابن قيس ولا يأخذ أحدكم ركوب دابة الى آخره وقد تقدم لنا في بحث الشروط ان فساد الشرط لا يقتضي فساد العقد على الاصح ( وقد يجاب ) بأن بعضها أيضاً دال على ما ذكره في ( جامع المقاصد ) على تأمل وقد نقلنا في باب الربا عن ( مجمع البيان ) وعن ظاهر الاصحاب تحريم المعاملة وما يحصل منها من رأس المال والزيادة قوله ﴿ ولو شرطها فسد ﴾ ولم يفد جواز التصرف ﴿ للاجماع وظاهر النصوص المصرحة بفساد الزيادة مع اشتراطها المستلزم لفساد المشروط بها كما في ( الرياض ) وقد عرفت الحال في ظواهر النصوص وفي ( المسالك ) الاجماع على انه لا يفيد وهو معلوم من الاجماع المحكية على فساد العقد ويكون مضموناً كما هو الشأن في البيع الفاسد للقاعدة المشهورة بل المجمع عليها وهي كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وخالف في ( الوسيلة ) فانه قال والفاسد ما يؤدي الى الربا مثل شرط الزيادة في الصنف أو القدر أو اباحة ما على الرهن فاذا

وان لم يكن ربوياً ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز ( متن )

كان كذلك لم يملكه بنفس القرض وبقي امانة في يده وقد حمله في ( مجمع البرهان ) على صورة جهل المقرض واستظهر عدم ضمانه حينئذ لان القاعدة المذكورة لم تثبت عنده بالدليل ولا اجماع عليها لوجود الخلاف في الجملة ولعله فهم الخلاف من ابن حمزة هنا وقد تقدم الكلام في هذه القاعدة لكن العجب من صاحب الرياض اذ هو ممن يعترف بصحة هذه القاعدة ومع ذلك قيد الضمان بالعلم مستندا الى هذه القاعدة ونسب الخلاف لابن حمزة وقد عرفت أن القاعدة مطلقة كعبارة الوسيلة ﴿ قوله ﴾ وان لم يكن ربوياً ﴿ فد عرفت ان ظاهر ( التذكرة والمسالك ) الاجماع على ذلك وقد حاول بذلك التنبية على أن الفرص ممنوع فيه من الريادة مطلقا لانه انما جعل للارتفاق ومحض الاحسان لا كالبيع الذي انما يمنع فيه من الزيادة في الربويات لانه مبني على المعالية والمما كسه فدل على دخول الربا في القرض غير الآلية كالنبوي وغيره ولهذا يحرم القرض مع الزيادة وان لم يكن ربوياً ولا يصح اشتراط الصحيح والحيد عوض المكسر والردى فلا يصح أن يقال ان دخول الربا في القرض مؤيد للقول بأنه أي الربا يعم جميع المعاوضات اذ القول باختصاصه بالبيع والقرض من دون سائر المعاوضات بعيد كما في ( مجمع البرهان ) وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الربا ﴿ قوله ﴾ ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز ﴿ اجاعا كما في ( الغنية والتذكرة وظاهر المسالك والروضه ) حيث نفى عنه الخلاف فيهما والنصوص بذلك مستفيضة وفيها الصحاح و في ( الغنية ) الاجماع على انه لا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك عادة المقرض او لم يكن وقد نص على ذلك جماعة منهم الشيخ في ( المبسوط ) وقال جماعة انه لا يكره لاطلاق النصوص ( قلت ) وفي اخبار الحاصه والعامه ما يدل على عدم كراهية الاعطاء بل على استحبابه والشيخ في ( النهاية ) بعد ان عد جملة من المواضع التي يجوز قبول الزيادة فيها عينية أو وصفية مع عدم الشرط قال والاولى تجنب ذلك أجمع ونص جماعة على انه لا فرق بين أن يكون ذلك من نيتها أو لم يكن ( قلت ) ويدل عليه صريحاً بعد اطلاق النصوص خبر أبي الربيع حيث يقول فيه وقد علم المستقرض والقارض انما اقرضه ليعطيه أجود منه قال لا بأس اذا طابت نفس المستقرض وقد روى هذا الخبر صحيحاً في ( الكافي والتهذيب ) الى السراد فهو عند جماعة ملحق بالصحاح وفي ( الدروس ) انه يكره اذا كان ذلك من نيتها ولم يذكراه لفظاً ولعله بناه على المسامحة في أدلة الكراهية وقد سمعت ما في ( النهاية ) وهذه الزيادة ان كانت حكمية كولو دفع الكبير بدل الصغير والجيد بدل الردي فقد قال جماعة انه يملكه المقرض بقبضه مستقراً وهو الظاهر وفي ( حسنة الحلبي ) لو وهبها له كمالاً كان أصلح وكأنه عليه السلام اراد الاشارة الى رفع الكراهية وان كانت عينية فالظاهر كون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه أحكامها كما قاله جماعة منهم صاحب الجامع لاصالة بقاء الملك على أصله مضافاً الى اطلاق الهبة عليه في الحسنه في الزيادة الحكمية كما سمعت فتأمل وفي عبارة ( مجمع البرهان ) في المقام نوع خلل هنا وفي بعض الاخبار دلالة على المنع عن الزيادة مطلقاً كصحيحة يعقوب بن شعيب وقد حملها الشيخ على الكراهية تارة وعلى الشرط أخرى وربما حملت على التقيية كما يفهم من خبر هذيل بن حيان حيث قال وقد سئلت من قبلنا فذكروا ان ذلك فاسد لايجل وربما استجود الحمل الاول ولا منافات فيه لماسلف فان موارد ما دل على الفضل في الزيادة انما هو في صورة الاعطاء خاصة ولا كذلك ما دل على المنع فان مورده صورة

ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الاقتص أو تأخير القضاء لنا الشرط وصح القرض  
لانه عليه لاله ولو شرط رهنا أو كفيلا به جاز لانه أحكام ماله أما لو شرط رهنا بدين  
آخر فالأقرب الجواز (متن)

الاخذ خاصة وقد استوفينا الكلام في هذا الخبر في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة على  
التفاضلين وسيجيء الكلام مستوفى أيضاً قريباً وفي (مجمع البرهان) ان ظاهر جملة من الاخبار وجوب  
اخذ الاجود ذكره في التذكرة وليس يعيد وعدم الاخذ وتكليف المقترض بغير الاجود مني بالاصل  
ولانه فضل ماله وزيادة بلا مانع فيجب القبول ولدخوله تحت مثل المال ولما تقدم من الوجوب في  
السلف نعم يمكن المنع في الزيادة العينية وهنا أيضاً لا ينبغي مع عدم المنه بل قد يكون له المنه لو قبل  
خصوصاً اذا نسر دفع الحق بغير زيادة لتفقد الكيل أو الوزن ولم يقبل أن يأخذ ما يحتمل حقويه  
عن الزيادة لو كانت ويدل على استحسان القبول حسن الاقتضاء والقضاء وهو ظاهر انتهى (وقد يقال)  
ان الاخبار التي ادعي ظهورها في وجوب أخذ الاجود انما تضمنت نفي البأس كصحيحة الحلبي وحسنه  
وروايتي خالد وابي الربيع وهو ليس بتلك المكانة من الظهور في الوجوب وهو يحتاج الى دليل  
صريح واضح ثم انه اذا كان مكروها كيف يكون واجبا وعسك تقول انه استند الى قوله عليه السلام  
في صحيحة ابن قيس فان جوزي بأفضل منها فليقبل (وفيه) انه امر بعد الحظر أو توهمه ﴿ قوله ﴾  
﴿ ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة او الاقتص أو تأخير القضاء لني الشرط وصح القرض لانه  
عليه لاله ﴾ وفاقا (للتذكرة والدروس) في الاول مع التصريح في (التذكرة) بأن الاقوى صحته  
لازومه وللتحريفي الاول والثالث واستشكل فيه في الثاني أعني رد الاقتص سواء كان مما يجري فيه  
الربا أولا وقد يلوح من التذكرة التردد في الثالث أعني اشتراط تأخير القضاء وليس كذلك ووجه  
ما قواه فيها أي التذكرة من عدم لزوم هذا العقد حيث يصح أن القرض مبني على المائلة بين القرض  
والعوض فاذا شرط ترك البعض أو التأخير مثلا فقد وعده بالاحسان ولا يجب الوفاء انما الواجب أداء  
ما اقتضاه القرض (وقد أورد) على تعليل المصنف بأنه لا يرتبط بالدعوى فان كون الشرط عليه لاله اذا  
كان فاسدا لاغيا كيف يصح القرض مع انه لم يقع التراضي الا على الوجه المتضمن للشرط (وأجاب)  
في (جامع المقاصد) بأن في ذلك تنبيها على أن هذا الشرط كما دل على الرضا بالقرض معه دل على الرضا  
به بدونه لانه اذا رضي بما عليه رضي بماله بطريق أولى فيكون الرضا بالقرض واقعا على وجهين أحدهما  
مدلول عليه بمنطوق اللفظ والآخر بفهوم الموافقة فاذا امتنع أحدهما لني وصح القرض باعتار الوجه  
الأخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط رهنا أو كفيلا جاز لانه أحكام ماله ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافاً كما  
يظهر ذلك من (جامع المقاصد) حيث جعل المسئلة الآتية محل خلاف وبالجملة صرح في (التذكرة  
والتحريز والدروس وجامع المقاصد) وهو ظاهر الباقي كما يظهر ذلك من كلامهم في المسئلة الآتية  
وغيرها وكذلك الحال فيما اذا أقرضه بشرط الاقراض أو الاقرار به عند الحاكم كما في التذكرة لان  
ذلك كله من التوثيق وأحكام الحجية وليست بمنافع ماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرط رهنا بدين  
آخر فالأقرب الجواز ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والايضاح وكنز الفوائد وجامع المقاصد) وظاهر  
التذكرة الاجماع عليه حيث قال ولو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب عندهم الجواز وقالت الشافعية انه

وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه آخر أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه (من)

كشروط زيادة الصفة وهو ممنوع انتهى وخيرة (التحرير وحواشي الكتاب) المنع واستجوده في (الدروس) على الظاهر لتحقق زيادة المنفعة والخبر النبوي (وفيه) ان ذلك ليس زيادة في مال القرض وإنما هو شرط خارج عنه وان كان زيادة بحسب الواقع فان المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض والنبوي معارض بالاجماع والاخبار الأخر كما سنسمع ومنه يعلم الحال فيما اذا شرط كفيلاً بدين آخر وكأن صاحب (التقيح) متردد في المسئلة وتام الكلام في المسئلة الآتية - قوله ﴿ وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف (يستلف خ ل) منه ﴾ هذه المسئلة من أمهات المسائل ومهماتا وقد صنف أستاذنا العلامة الامام الماهر ملا محمد باقر حشره الله سبحانه مع من ضاجعه في الخائر رسالة في تحريم ذلك أعني القرض بشرط البيع المستعمل على المحاباة وادعى على ذلك اتفاق الاصحاب وتضافر الروايات وواقفه على ذلك العلامة الخبير المعتبر الشيخ جعفر دام ظله وخالفهما في ذلك أستاذنا الامام العلامة أستاذ الكل في عصره السيد محمد مهدي حشره الله تعالى مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين ولما كان كذلك أحب شيخنا ومولانا العالم العابد الزاهد الخبير التحرير الكامل الشيخ حسين نجف دام ظله ان أنظر الاخبار وكلام الاصحاب وأميز الخطأ من الصواب فذكرت ذلك لسيدنا المشار اليه أسبغ الله رحمته ورضوانه وغفرانه عليه فدل على بعض المطالب وأشار الى ملاحظة كلام كاشف الرموز الحسن بن أبي طالب فنظرت الرسالة المذكورة فوجدتها قد تضمنت أمرين (الاول) ان فتح هذا الباب يسد باب المعروف بالكفاية (والثاني) ان ذلك قرض يجر نفعاً وكل قرض كذلك فهو حرام فعارضت الامر الاول بما ذكره أصحابنا من الحيل للتخلص من الربا متفقين عليه من دون مخالف أصلاً وما ذكره من جواز بيع الشيء بأضعاف قيمته حالاً وموئجلاً من غير خلاف أيضاً فبالأول قد فتحوا باب الحيلة وبالثاني يتحقق سد باب القرض والمعروف لمن أراد ان يقرض دراهم يعامل (ليعامل خ ل) بسببها محاباة مندوحة عن ذلك ببعض ما ذكره من التخلص كما اذا أراد ان يقرضه مائة بشرط ان يشتري منه المقرض متاعه الذي يسوى عشرة بعشرين فليبعه المتاع المذكور بمائة وعشرين ويهبه المائة ويقرضه اياها الى غير ذلك من أنواع التخلص من القرض بشرط البيع مع المحاباة وبدونها فمستلنا ان قلنا بالتحريم فيها لم يفتح بها باب المعروف وقد جعلوا ما ذكره طريقاً لسده لمن أراد ان قلنا بجوازها لم يكن السد مستنداً اليها بل هي كغيرها من أنواع التخلص فلم يكن هناك شيء لولاها لم يكن (وأما) الأمر الثاني فذكرت أنه مردود بالاجماع والنصوص والفتاوى وأسبغت الكلام في رسالة بلغنا فيها أبعاد الغايات (وخلاصة) الكلام في المقام أن الاستاذ رضي الله عنه قال لا يجوز ان يبيع المقرض من المستقرض بأزيد من ثمن المثل أو يشتري منه بأقل أو يصالح أو يعارض (يعاوض خ ل) كذلك أو يملك منه عيناً أو منفعة بمقدمة أو غيرها وادعى على ذلك الوفاق تارة وعدم الخلاف أخرى وان الروايات بذلك متضاربة ونحن نقول قال الفاضل الآبي اليوسفي في (كشف الرموز) ان الشيخ ادعى الاجماع على أنه لمن يقرض غيره مالا أن يتناع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع بل بسبب

الاقراض وانه لا يعرف له (مخالف مشهور خ ل) مخالفا وقال في (الخلاف) اذا باع دارا على أن يقرض المشتري الف درهم او يقرضه البائع الف درهم فانه سائح وليس بمحظور دليلنا اجماع الفرقة وفي (الغنية) يجوز ان يقرض غيره مالا على ان يأخذه في بلد آخر او على ان يعامله في بيع او اجارة وغيرها بدليل اجماع الطائفة وهذان الاجماعان باطلاقهما يتناولان محل النزاع والاطلاق حجة حتى يظهر المخصص ودعوى ظهور ما كان ضمن المثل على تقدير تسليمها تقول ان ذلك ليس بحيث يمنع من شمول غيره لكونه خفياً اقصاه انه اظهر وقد تظهر دعوى الاجماع من المنفعة ونسنع عبارتها برمتها (وفي التذكرة) يجوز ان يقتض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ثم يتباريان سواء شرط في اقرضه ما يضعه الآخر اولا خلافاً للشافعي فقد قصر الخلاف على الشافعي (فليتأمل) والمراد بفعل الآخر الاقراض والابراء وقد سمعت مافي (المبسوط والتذكرة والكتاب وكثر القوائد والايضاح وجامع المقاصد) من الحكم بالجواز ما اذا شرط فيه رهناً على دين آخر وان ظاهراً تذكرة دعوى الاجماع على ذلك والأستاذ قدس سره في الرسالة حكى عن بعض علماء زمانه دعوى عدم الخلاف الا من العامة في صحة جميع ما منع هو منه انتهى ويؤيد ذلك الاجماع المستفيضة على صحة عقد البيع بشرط القرض والاقراض وقد صرح بعضهم بانهما من سنخ واحد كما يأتي نقله عن التقيج وهو ظاهر المنفعة كما سنسنع كما هو ظاهر جميع من شرك بينهما في الادلة بل قد يقال ان الامام عليه السلام جعلهما من واد (سنخ خ ل) واحد كما في صحيح يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل يسلم في مبيع او ثمر عشرين دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دنائير او عشرين دينارا قال لا يصلح اذا كان قرضاً يجر نفعاً فلا يصلح فقراه عليه السلام كيف نفى صلاحية البيع بشرط القرض لانه قرض يجر نفعاً وقد ذكر جماعة هذا الخبر في دليل المانعين في المسئلتين ويأتي بيان الحال فيه عند التعرض للأخبار والشافعية لم يفرقوا بين المسئلتين وقالوا بفسادهما بل قضية استدلال الاستاذ على المنع فيما نحن فيه بأن الشرط في المعاملة جزء العوض أن المسئلتين من واد واحد وعلى ذلك تكون الاجماع المتضاربة في تلك دليلاً على هذه لسكتنا نحن قد نتأمل في كونهما من سنخ واحد وصرح بعضهم بأنهما مختلفان وهو ظاهر آخرين كما يأتي بيان ذلك كله والغرض أن ذلك لازم للاستاذ ومن صرح بالاتحاد أو ظهر منه ذلك وفي (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) يجوز أن يقرض غيره مالا على أن يعامله في التجارات وهذا باطلاقاً يتناول ما كان ضمن المثل أو أزيد أو أنقص كما تقدم نحوه في عبارة الغنية وفي (التذكرة) القرض قابل للشروط السائفة فلو أقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه مالا صح ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده وكذا لو أقرضه بشرط أن يقرض منه أو يبيعه ضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه كما في (الكتاب وجامع المقاصد) وهو ظاهر الكاشاني في الوافي أو صريحه وحكي الشهيد عن السيد العميد القول بالزوم خلافاً لما في التذكرة وان له الفسخ والرجوع في العين اذا تعذر الحاكم اما مع وجوده فله الزامه بما شرط لانه يجب الوفاء وفي موضع آخر من التذكرة لو كان له عليه دين فطالبه فسأله الصبر عليه الى وقت معلوم بشرط ان يشتري منه ما يساوي مائة بثمانين جاز والمخالف المصنف في (التحرير) قال لو شرط في القرض ان يؤجره داره او يبيعه شيئاً أو يقرضه مرة اخرى جاز اما لو شرط ان يؤجره داره بأقل او يستأجر منه بأكثر فالوجه التحريم ومنع فيه ايضاً من اشتراط رهن او كفيل على قرض آخر كما سمعت وظاهر الشهيد في (الدروس) موافقته في ذلك على تأمل في ظهور



ذلك من الدروس وسنسمع كلامه في المسئلة الآتية واستجود في حواشيه على القواعد المنع من اشتراط  
الضمين والكفيل على قرض ومنع مولانا المقدس الاردبيلي من اشتراط العارية لرواية محمد بن قيس  
وقل في (كشف الرموز) عن بعض الاصحاب المنع من اشتراط المعاملة المحاباتية وتردد هو فيه وهو الذي  
يلوح من صاحب التنقيح كما انه قد يظهر من (المختلف وغاية المرام) موافقة الأستاذ قدس سره قال في  
(المختلف) في ذيل كلام له في مسئلة البيع بشرط القرض المتنازع فيه اباحة البيع بالمحابة مع اشتراط  
القرض لا العكس ونقل هذا الكلام في غاية المرام ساكتا عليه اذ قد يقال ان أقصى ما في المختلف  
نفي كون ذلك محل نزاع بينه وبين أهل عصره فيحتمل أن يكون حكمه عنده ويكون بخلافه  
وأن يكون متردداً والانصاف ان هذا عدول عن الظاهر ونقل الأستاذ عن المحقق موافقة ولعله أشار  
الى قوله في الحيل الشرعية كل ذلك بغير شرط ونحن قد نواقفه في ذلك أي اشتراط الهبة كما ستسمع في  
الكلام على صحيحة محمد بن قيس أو أشار الى قوله ولو شرط النفع حرم والسوق يعطي أنه مساق غير هذا  
وستعرف أن المراد من النفع في كلامهم الزيادة في نفس مال القرض واشتراط النفع كذلك ما لا خلاف في حرمة  
كاسمته فيما مضى عن الكفاية ثم ان هذه الكلمة قد وقعت لمن جوز او تردد ثم ان الشهيد وصاحب  
التنقيح حكيا عن المحقق التردد في بعض تصانيفه فيما اذا جعل القرض شرطاً في البيع مع المحابة كما  
سنسمع وقال صاحب (التنقيح) ان له كلاماً واحتجاجاً لا يحسن ذكره وقد عرفت أن ظاهره أي المقداد  
أن المسئلتين من سنخ واحد ويأتي تمام الكلام في حال هذه الكلمة ونقل الأستاذ عن أبي طالب  
الحسيني موافقة في رسالته الفارسية ولعلها كعبارة الشرايع ونحوها واستظهر من الاستبصار موافقة  
ولعله ظهر له مما ذيل به فيه خبر يعقوب بن شعيب ويأتي نقله وانه ليس من الظهور في شيء كما انه  
نسب الى (القواعد وجامع المقاصد) موافقة والموجود فيها صريحاً مخالفتها كما رأيت وسمعت واقوى  
ما استند اليه من كلامهم اطلاقهم انه لو شرط الزيادة في القرض فسد ولو تبرع جاز وقولهم لو شرط  
النفع حرم ولم يفد الملك فقال ان فقهاؤنا رحمهم الله تعالى باجمعهم صرحوا بان القرض بشرط المنفعة  
حرام مطلقين للفظ غير مقيدين بما اذا لم تكن معاملته محاباتية او غيرها كالعارية والهبة بل خصوصاً  
الحيلة بصورة التبرع واتفقت عباراتهم ولم تختلف مقالاتهم اصلاً ورأساً (قلت) هذا هو الامر الثاني من  
الامرين الذين بنيت عليهما الرسالة وفي الاستناد الى هذا الاطلاق نظر من وجوه (الاول) أنهم قد اتفقوا  
على اشتراط الرهن وقالوا لو شرط في الرهن انتفاع المرتهن به جاز وهو نفع جره القرض (الثاني) ان من  
ادعى موافقتهم له كالمصنف في التحرير والشهيد وغيرها قد جوزوا القرض بشرط البيع بدون محابات  
بل الظاهر اطلاقهم على ذلك كما عرفت وهذا نفع جره القرض (الثالث) ان الشيخ وجماعته كثيرين  
جوزوا اشتراط رهن على دين آخر بل قلنا ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه كما عرفت ذلك آنفاً (الرابع)  
ان الشيخ والتقي والقاضي والحلي والماد جوزوا اشتراط اعطاء الصحيح بدل الغلة وسمعت ما زاده ابو  
الصلاح فابن اتفاق عباراتهم وعدم اختلاف مقالاتهم اصلاً وأساساً (الخامس) قد نقل الاجماع جماعة  
على جواز ان يقرضه بشرط ان يمطيه في بلدة اخرى وهذا نفع جره القرض في بعض الاحوال وعليه  
استمرة الطريقة في الاعصار والامصار وحصول النفع قد يكون من خوف الطريق او زيادة في سعر  
او كمال رغبة (السادس) ان الاجماع السالفة مع تصريح جماعة بمعاقدتها مقيدة لهذا الاطلاق  
(السابع) ان الاطلاق معارض باطلاق الاخبار المتضادة ان خير القرض ما جر نفعا (الثامن) انه

موافق للعامة كما حكاها عنهم ( في التذكرة ) والرشد في خلافهم ولهذا احتدل جماعة في خبر يعقوب ابن شعيب المتضمن ان القرض اذا جر نفعاً لا يصلح حمله على التقية وقد صرح جم غفير من اصحابنا بان الخبر المروي عنه صلى الله عليه وسلم المتضمن ان كل قرض جر نفعاً فهو حرام من طرق العامة وليس من طرقنا والتبع يشهد بذلك ( التاسع ) ان السياق في كلامهم وملاحظة اطرافه يدلان على ان المراد بالنفع هو الزيادة في نفس مال القرض لا ما كانت بسبب آخر خارج وان كانت زيادة بحسب الواقع كما تقدم بيانه آنفاً وبذلك جمعوا بين الاخبار كما في الحدائق ( العاشر ) ان هذا الاطلاق معارض بالاخبار المصرحة بجواز القرض بشرط المعاملة مع المحاباة كخبر اسحق بن عمار وخبر عبد الملك بن عتبة بل قد عقد في الوافي بابا سرد فيه شرطاً صالحاً من الاخبار المتضمنة لذلك ( الحادي عشر ) ان هذا الاطلاق معارض بالاجاعات المستفيضة على جواز البيع بشرط القرض بناء على ان المستثنين من باب واحد ( الثاني عشر ) انه معارض بما لعله يظهر من دعوى الاجماع في ( التذكرة ) على جواز القرض بشرط الاقراض او البراء وبما يظهر منها من دعوى الاجماع ايضاً على جواز اشتراط رهن على دين آخر كما قد عرفت أبعده هذا كله يستند الى هذا الاطلاق ويدعي عليه الوفاق فقد تحصل ان النفع عندهم على ضربين حرام وحلال فالحرام ما كان في نفس مال القرض من زيادة في القدر أو الصفة على خلاف في بعض أقسام الصفة قد سمعته آنفاً وأما محور ركوب الدابة فيدخل في الصفة والحلال ما كان بشرط خارج عن ذلك وبذلك تلتئم الكلمة ويجمع بين الاخبار كما ان الربا ربهان حرام وحلال فالحلال ما قاله الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى ( وما آتيتهم من ربا ليربوا في أموال الناس ) الآية قال هو هديتك الى الرجل تطلب منه الثواب افضل منها فذاك ربا يوكل ثم ان ما ورد في علته تحريره فهو لبيان الحكمة لا العلة والاحرمة الحيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار ومن ذلك يعلم الحال فيما ذكره الاستاذ قدس سره من أن الحيل الشرعية انما تتحقق في موضوعات الاحكام لانها انفسها وانها هنا فيها نفسها لان النفع المحرم اعم من المعاملة المحاباتية عندهم ( لانا نقول ) على تقدير تسليم الحيلة هنا وان ذلك ليس امراً على حده قضت به الاصول والادلة انها هنا في الموضوع لمكان العقد الآخر كما هو الشأن في الربا الحلال وقد ادعى الاستاذ قدس سره انه يظهر من المولى الاردبيلي عدم الخلاف فيما ادعاه هو وكذا من الفلح الصيمري ولقد تبعت مجمع البرهان فما ظهر لي ذلك المظهر بل قد سمعت انه في مجمع البرهان مال الى جواز اشتراط الزيادة في الصفة مطلقاً فتجاوز مضمار الشيخ والقاضي والنقي والعمادوا استدل بالاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من اجماع وقال ان خبر العامة ليس بصحيح ومعارض بحسنة محمد بن مسلم المتضمنة ان خير القرض ما جر نفعاً وقال ان هذه الرواية ورواية العامة الى آخر ما تقدم نقله عنه آنفاً فكيف يرجي من صاحب هذا الكلام نفي الخلاف عما ادعاه الاستاذ مع شدة ما بينهما من الاختلاف نعم منع من اشتراط العارية لمكان الرواية كما عرفت آنفاً وما زاد الفاضل الصيمري في ( غاية المرام ) على نقل كلام العلامة في المختلف وقد سمعته آنفاً فكانت النسبة الى المصنف في المختلف أولى نعم أسهب وأطنب في ايضاح كلام المختلف وقال في موضع آخر منها لو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان أقل من ثمن المثل ولو اشترط الرهن والكفيل لزم ولو اشترط على دين آخر جوزه العلامة في ( القواعد ) ومنعه في التحريم لما فيه من جرائع انتهى ( احتج ) الاستاذ قدس سره ومن نقل عنه المنع كاشف الرموز بخبر محمد بن قيس وهو أقدم ما يستدل به لهم عن أبي

جعفر عليه السلام قال من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزي بالأجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوبة دابة أو عارية متاع من أجل قرض ورقة وجه الدلالة النهي عن كل شرط سوى شرط عوضه وأخذ مثله وحصر الشرط الجائز فيه فقط وقد أجيب عنه في (كشف الرموز والمختلف) باشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره (قلت) الظاهر انه الثقة لانه روى عنه يوسف بن عقيل وقد قال النجاشي انه وعاصم ابن حميد يرويان عنه وقال النجاشي والمصنف في (الخلاصة) ان البجلي له كتاب ونقلوا عن القميين ان ليوسف بن عقيل كتاباً وقالوا الظاهر ان الكتاب لمحمد بن قيس ولانه تلميذه وينقل عنه ولم ينقلوا ولا غيرها ان لمحمد بن قيس الضعيف الذي يروي أيضاً عن أبي جعفر عليهم السلام كتاباً وكذا المدوح مع عدم ثبوت نقله عن الامام عليه السلام (وأجاب في المختلف) أيضاً بأنها معارضة بقولهم عليهم السلام خير القرض ما جر نفعاً ولا يخفى عليك ان العلامة في المختلف ان تعرض للبيع بشرط الاقراض وقد استدل وعارض بما سمعت وهذا يؤيد ما قد قيل من تساوي المستلتمين (ونحن نقول) في الجواب (أولاً) انها معارضة بالاخبار الاخر التي يأتي نشرها وهي غير ما ذكره في المختلف (وثانياً) بانها متروكة الظاهر على ما بيناه في وجه دلالتها من حصر الشرط الجائز في المثل وقد عرفت انعقاد الاجامات على جواز اشتراط الرهن والكفيل والبيع بدون محاباة وغير ذلك (وثالثاً) ان تعليق الحكم على الورق قد يشعر بجواز ذلك في غيره لانه مفهوم لقب فقط بل لمكان التعليق عليه وعدم حاجة الى ذكره لولم يرد التقي عماعده لانه يمكن ان يقال لو اقرض قرضاً وشيئاً وانما يلغى مفهوم اللقب حيث لا يتأتى التعبير عن المراد الا به كافي قولنا زيد موجود ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك كان معتبراً قطعاً في عبارات الفقهاء وبه يثبت الوفاق والخلاف وعلى هذا يكون الخبر متروك الظاهر ايضاً بالاجماع المنقول في (الخلاف وظاهر التذكرة) على انه لا فرق بين مال القرض ربوياً كان او غير ربوي في محريم الزيادة مع الشرط بل الاجماع على ذلك معلوم (ورابعاً) بان قوله عليه السلام فان جوزي بالأجود فليقبل قرينة على أن المراد بقوله لا يشترط الا مثلها انه لا يجوز ان يقرضه بشرط ان يرد الصحيح عن المكسر ولا الجيد عن الردي ولا بشرط زيادة القدر كما هو في جملة الاخبار ستسمعها وقد عرفت ان هذا هو الذي فهمه الاكثر من الاخبار وجموله وجه الجمع بل قد وجدت بعض الاجلاء يستدل بالخبر المذكور على جواد البيع بشرط الاقراض وينعجب من العلامة في المختلف كيف سكت عن الاستدلال به ثم ان صحة الخبر ليست بتلك المسكنة من الوضوح فيرجح عليه ما هو اوضح منه صحة او كان معترضاً بشيء آخر واما ما اشتمل عليه من تحريم اشتراط العارية فقد نقول به وكذلك الهبة الغير المعوضة لانها ليست معاملة محضة لكن تسميتها معاملة في عرفهم يوجب دخولها تحت عقدة اجماع الغنية الا ان نقول لافرق عرفاً بين قوله بشرط ان تعطيني او تهبني فليتا مل جيداً (واحتجوا) ايضاً بصحيح الحلبي قال سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطي سوداً وقد عرف انها اقل مما اخذ فتطيب نفسه ان يجعل له فضلاً قال لا بأس اذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها له كان اصلح (وفيه) انه انما تضمن المنع عن زيادة القدر (فان قلت) عدوله عليه السلام عن قوله ما لم يشترط الى قوله ما لم يكن فيه شرط ربما يدل على عموم الشرط بحيث يشمل المعاملة (قلت) هو مخصوص لمكان السياق والاخبار الاخر سلماً لكن اقضاه انه دل بمفهومه على وجود البأس وهو ليس نصاً في التحريم كما اشار اليه المولى الاردبيلي حيث قال ان غير خبر محمد بن قيس لا ينهض دليلاً انتهى (وفيه) ان الظاهر من وجود البأس خصوصاً في باب الربا التحريم بل قد يقال

كما قال الشهيد ان كلمة لا بأس تفيد الكراهية فالمدار في الجواب على أنه مخصوص ( واحتج ) لهم في ( كشف الرموز ) بخبر يعقوب بن شعيب وهو صحيح قال سألته عليه السلام عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال لا يصلح اذا كان قرضاً يجر نفعاً قال وسألته عن الرجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ولو لا انه يخاطبه ويحارفه ويصيب عليه غلته لم يقرضه فقال ان كان معروفاً بينهما فلا بأس وان كان انما يقرضه من أجل انه يصيب عليه غلته فلا يصلح ( قلت ) كأن المراد من صدر الخبر في كلام السائل أن المشتري يعطي بصيغة السلم وبصيغة القرض ثم يأخذ من المقرض بالقرض بقدر ما يأخذه بالسلم فالمراد بصاحب السلم البائع وعلى هذا فلا اشكال وان كان المراد أنه يبيعه بشرط أن يقرضه وقلنا ان قوله عليه السلام لا يصلح ظاهر في التحريم كان معارضاً بالأخبار الدالة على صحة اشتراط القرض في البيع والاجامعات المستفيضة وان كان المراد أنه يقرضه بشرط البيع بدون محاباة كان معارضاً بالاجماع المعلوم وان كان مع المحاباة كان معارضاً بالاجامعات المتقولة والأخبار المستفيضة الدالة على صحة ذلك البيع والأخبار الدالة على أن خير القرض ما جر نفعاً وقد احتمل صاحب الوافي حملة على التيقه كما جزم صاحب الحدائق وهو حسن بالنسبة الى ما عدى المعنى الاول والشيخ في ( الاستبصار ) احتمل الكراهية والحمل على الاشتراط كما سمعته فيما سلف والاحتمال الاول أغنى الحمل على التيقه لا يناسب المعنى الاول كما عرفت بل يناسب ما عداه والاحتمال الثاني يناسب الاول كما بينا فيما سلف فان كان المعنى الثاني أظهر تعين حملة على التيقه وكذلك الحال في المعنى الثالث والرابع وهما بعيدان فتعين أحد الاولين وعلى ارادة أولهما لاغبار عليه هذا كله ان قلنا لا يصلح ظاهر في التحريم والا فقد تأمل فيه من قد تأمل وعليه فيجىء كلام آخر ( وأما ) عجزه فهو ظاهر أو نص في غير المعاملة والكلام انما هو فيها على انه معارض بمرسلة جميل الذي قال فيها ويصرفون لنا غلاتهم فبيعها لهم بأجر ولنا في ذلك منفعة فقال لا بأس قال ولا أعلم الا قال لولا ما يصرفون لنا من غلاتهم لم تقرضهم فقال لا بأس وهذا واضح الدلالة مروري في ( الفقيه والتهذيب ) هذا كله ان قلنا ان منطوق لا يصلح ومفهوم لا بأس ظاهران في التحريم وقد يستدل لهم بخبر أبي الربيع وهو محمول على التبرع كما أسعنا كما عند شرح قوله ولو تبرع المقرض وليس فيه دلالة لهم اصلاً ان لم يكن عليهم ومثله صحيحة يعقوب بن شعيب الاخرى التي هي مستند الشيخ في نهايته ومن واقفه في جواز اشتراط الجيد عوضاً عن الردي وقد سمعنا عند شرح قوله وشرطه عدم الزيادة واستدل لهم كاشف الرموز بالاحتياط ( وفيه ) انه ليس بدليل شرعي والاقدم على تحريم ما لم يعلم تحريمه حرام لأن احتمال الصحة قائم وهو مقدم على احتمال الفساد في المعاملات فالحكم بالبطلان يكون تهجماً على منع المسلم من مال يحتمل أن يكون ملكه ( فان قلت ) ان احتمال الصحة غير قائم ( قلنا ) فلا وجه حينئذ للاحتياط وأما استناد الاستاذ قدس سره الى انهم في الحيل الشرعية صرحوا بأنه لا يجعل هبة ازيد شرطاً وعلوه بان الشرط جزء العوض ( فقيه ) أن المصرح انما هو المحقق والشهيدان في ( الشرائع والدروس واللمعة والروضه ) ولا رابع لهم فيما أجد فكيف يعبر عن ذلك بما لعله يظهر منه ارادة الجميع وقد سلف لنا أنا قد نواقفه على ذلك لمكان العرف كما سمعت ( حجة ) القائلين بالجواز بعد الاجامعات التي قد سمعنا آتفاً عموم الكتاب والاصل والأخبار المتضاربة بأن خير القرض ما جر نفعاً كما في حسنة محمد بن مسلم أو صحيحته عن أبي عبد الله عليه السلام

حيث قال قلت ان من عثنا يرون أن كل قرض يجر نفعاً فاسد فقال أوليس خير القرض ما جر نفعاً ومثله خبر محمد بن عبده ومرسلة بشر بن مسلمة الروية (في الكافي والتهذيب) بطريقتين وخبره الآخر وهو صحيح على الصحيح في الحسن بن علي بن فضال الى غير ذلك من أخبار الباب وقد عقد له صاحب الوافي باباً واسماً (وخبر) محمد بن اسحق بن عمار قال قلت لابي الحسن عليه السلام أن سلسيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف درهم فأقرضها تسعين ألفاً وأبيعها ثوباً أو شيئاً تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم قال لا بأس (وفي رواية) أخرى لا بأس اعطها مائة ألف درهم وبها الثوب بعشرة آلاف درهم واكتب عليها كتابين والخبر صريح في المطلوب ومحمد بن اسحاق عند الاستاذ ثقة لم يثبت وقفه كما انه لم يثبت عنده ضعف علي بن حديد فيكون حجة عنده (وخبر) محمد بن اسحق أيضاً عن الرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال الى وقت قال لا بأس قد أمرني أبي عليه السلام ففعلت ذلك وزعم انه سأل أبا الحسن عليه السلام فقال له مثل ذلك (قلت) البيع انما جاء من الفرض ولا تأثير للتأخير بل القرض وتأخيره سواء كما أشار اليه (في الدروس) وخبر عبد الملك بن عتبة وهو صحيح على الصحيح الا أنه مضر وهو حجة عندنا والمسؤول إما الصادق أو الكاظم عليهما السلام قال سأله عن الرجل يريد أن أعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول له أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهراً قال لا بأس وصحيح محمد ابن اسحق بن عمار على الصحيح قال قلت لابي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرجني بها وأنا أربحك بها فابيعه حبه تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألف درهم وأؤخره بالمال قال لا بأس (ومثله) خبر مصدق بن صدقة وكذا مرسل يونس وخبر سليمان الديلمي عن رجل كتب الى العبد الصالح عليه السلام يسأله اني أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين الى أجل معلوم وانهم يسألوني أن أعطيهم من نصف الدقيق دراهم فهل من حيلة لا أدخل في الحرام فكتب اليه أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تربح (وأما) خبر يونس الشيباني قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يبيع البائع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه سيرجع فيه فيشتره منه الى أن قال فقال لا تقربنه فليس مما نحن فيه على أنا نحمله على المتبايعين الذين لم يقصدا البيع ولم يوجبا في الحقيقة ومما يشهد على ما نحن فيه ما قد يدل بظاهره على حصر الربا الحرام فيما اذا كان النفع مستنداً الى نفس مال القرض فمنه (أرواه) في الفقيه من قوله عليه السلام الربا ربوان ربا يؤكل الى أن قال والربا الذي لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر فهذا الذي نهى الله تعالى عنه ومثل ذلك بعينه ذكر في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهو حجة عند الاستاذ قدس الله تعالى روحه فأين يقع خبر محمد بن قيس على ما فيه من هذه الاخبار المستفيضة المتعاضدة المعتضدة بما عرفت وقد عرفت أن قضية استدلال الاستاذ دام ظله بأن الشرط في المعاملة جزء العوض انه لا يجوز عنده البيع بشرط الاقراض أو القرض وقد عرفت أن جماعة جعلوا المستلثين من واد واحد وأن الشافعية مخالفون لنا في المستلثين لانهما عندهم على حد سواء فالواجب أن تتعرض الأخرى على

ولو قال أقرضتك بشرط ان أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع (متن)

سبيل الاجمال قال علم الهدى في (الاتصار) مما انفردت به الامامية جواز ابتياع الانسان من غيره متاعا أو غيره على أن يسلف البائع أو يقرضه مالا الى أجل أو يستقرض منه وأنكره باقي الفقهاء وحظروه وحبثنا بمد الاجماع دخوله في عمومات البيع وقد نص على ذلك كله المفيد في (المنفعة) بهذه العبارة مع زيادة أو يستسلف (يستلف نخل) منه واقتصر على نسبة الخلاف الى أهل الخلاف وقال لسنا نعرف لهم حجة على الانكار وذلك لان البيع واقع على وجه حلال والسلف والقرض جائزان واشترطهما في عقد البيع غير مفسد له بحال وقد سئل الباقر عليه السلام عن القرض يجر نفعاً فقال خير القرض ما جر نفعاً وهذا منه تنبيه على انحاء المستلتمين وفي (المبسوط) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وهو أن يبيع مثلاً داراً على أن يقرضه المشتري ألف درهم وهذا عندنا مكروه وليس يفسد للبيع وفي (غاية المراد) هذا عندنا سائغ وفي (الخلاف) الاجماع عليه وفي أربعة مواضع من التذكرة أنه يجوز عندنا ابتياع الانسان من غيره متاعاً أو غيره بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر أو اجارة وفي (كشف الحق) ذهبت الامامية الى جواز بيع أشياء بشرط سائغ وأبو حنيفة والشافعي أبطل ذلك وفي (كشف الرموز) لو كان البيع جار القرض فالعقد صحيح كما أفى به الاصحاب وبه أفى وأجزم القول وقال أيضاً قد تواردت ألفاظ الاصحاب من الثلاثة وسالرو كثير من متابعيهم على انه لا بأس أن يبتاع الانسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو غير ذلك بالتقدي والنسيئة ويشترط أن يسلفه شيئاً أو يستسلف (يستلف نخل) منه في شيء أو يقرضه شيئاً معلوماً الى أجل معلوم أو يستقرض منه والبيع والوفاء به لازم وربما يدعى على هذه المسئلة الاجماع انتهى وفي (المختلف) المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناه الا من شذ انه يجوز بيع الشيء اليسير باضاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً لانهم نصوا على جواز بيع الانسان شيئاً ويشترط الاقراض والاجارة والسلف وغير ذلك من الشروط السائغة وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك قلت المتوقف شيخه المحقق نص عليه في (الدروس والفتاوى) كما عرفت وقال في (الدروس) لوجه توقفه ثم احتج عليه في المختلف بخمسة وعشرين دليلاً بعضها على سبيل الاحتجاج وبعضها على سبيل الالزام وبعضها لم يظهر لنا وجهه وادعى في (المختلف) في أثناء الاحتجاج اتفاق علماء الامامية على ذلك قال لانهم قالوا لا بأس ان يبتاع الانسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو غير ذلك الى آخر ما نقله عنهم في (كشف الرموز) وقد أسعنا كما ثم قال في (المختلف) واجماع الامامية حجة ثم نقل عبارة المنفعة برمتها وقال الشيباني (قواعده) الشرط الذي لا ينافي العقد كشرط خياطة ثوب وقرض مال صحيح عندنا فهذه الاجماع التي كادت تكون متواترة ان لم تكن دليلاً على المسئلة الاولى لان كانت هذه من سنخ تلك كما سمعته عن جماعة فلا أقل من أن تكون شواهد وامارات تمتد أدلة تلك بها ويستأنس بها لها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع ﴾ لانه عقد لازم من الطرفين فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين فيلزم بخلاف القرض فانه جائز من الطرفين أو من طرف المقرض وأعاد هذه المسئلة وقد تقدم ذكرها في قوله أو يقرضها لبيان عدم وجوب الشرط لانه وعد عليه لانه ورضاه نأبت معه وبدونه بطريق أولى فلا يفسد العقد ولا يلزم الشرط بل لو كان له كما اذا كان له زمان نهب

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره فان كان مثلياً ثبتت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزناً والخبز وزناً وعدداً للعرف وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة ( متن )

أوغرق صح العقد كما عرفت آنفاً واحتمل المنع حينئذ في الدروس احتمالاً - قوله - ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره قد قرروا لما يصح قرضه ضابطاً وهو كل ما يضبط وصفه وقدره قالوا فهذا يجوز اقراضه فيجوز اقراض الذهب والفضة وزناً وفرد وزناً وعليه اقتصر الاكثر وقال في (التحرير) لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد ويرد عدداً ولم يتعرض للذهب والدنانير ولعله لوجود التفاوت الكثير لو اقترضت عدداً ويظهر من المصنف في الفرع الخامس انه لا يجوز اقراض الدراهم والدنانير بغير الوزن وقال في (الدروس) انما يصح القرض مع علم العين بالمشاهدة وبالاعتبار كيلا ووزناً وعدداً فيما شأنه ذلك فقد تدخل الدراهم في قوله عدداً اذا كان شأنها ذلك كما هو المتعارف في القروش في هذه الأوقات والاعصار ويجوز اقراض الحنطة والشعير كيلا ووزناً وكذا سائر الحبوب والتمر والزبيب لكن يشترط في اقراض الموزون كيلا عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة كما اذا كان قطعاً كباراً تنجافى في المكيال ونحو ذلك فلو اقترض المقدر جزافاً غير معتبر لم يقد الملك ولم يجوز التصرف فيه وان اعتبره بعد ذلك وان تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ولا طريق الى التخصص منه الا بالصلح وسيأتي في كلام المصنف ما اذا قدره بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس وانه لم يصح لتعذر المثل ويأتي كلام من تأمل فيه اذا كان ذلك محفوظاً وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها بوصف - قوله - فان كان مثلياً ثبتت في الذمة مثله يجوز اقراض المثل اجماعاً كما في (التذكرة والدروس وغاية المرام) ويثبت مثله في الذمة اجماعاً كما في (العنية والتذكرة وغاية المرام وظاهر المسالك والمفاتيح) وألحق به جماعة كثيرون العين المستقرضة منهم المصنف في (التذكرة) وما يأتي من الكتاب والشهيد والمقداد وغيرهم - قوله - كالذهب والفضة وزناً والحنطة والشعير كيلا ووزناً قد تقدم الكلام في ذلك - قوله - والخبز وزناً وعدداً للعرف الجار متعلق بالعدد وجواز اقراضه وزناً مما لا خلاف فيه كما في (المسالك) وغيره واما جواز استقراضه عدداً فحقى (المبسوط) يجوز استقراض الخبز ان شاء وزناً وان شاء عدداً لان احداً من المسلمين لم ينكره ومن أنكر من الفقهاء فقد خالف الاجماع وفي (الخلاف والدروس وظاهر السرائر والتذكرة) الاجماع على جواز استقراض الخبز والسوق يدل على انه مسوق لها اي الوزن والعدد وفي (جامع الشرائع) قد سبق الاجماع عليه الخلاف واجماع المختلف وغاية المرام نص على جوازه عدداً وظاهر المسالك الاجماع على ذلك وفي (الكفاية والمفاتيح) انه المشهور ولعل ذلك منها لاشترط الشهيد في الدروس في اقراضه عدداً عدم العلم بالتفاوت ونحوه ما في (التنقيح وايضاح النافع) ولعلم ارادوا كما فهمه جماعة التفاوت الذي لا يتسامح به بل عبارة ايضاح النافع كادت تكون صريحة في ذلك والافرواية الصباح بن سياه واسحق بن عمار مصرحان بالجواز مع التفاوت ومنجرتان معترضتان بما عرفت مضافاً الى اطلاق خبر غياث ومثله الجوز والبيض كما صرح به في (الميسية والمسالك والكفاية والمفاتيح والحدائق) وقد قال عليه السلام في خبر الصباح نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيه الصغيرة أو الكبيرة - قوله - وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة اما جواز اقراض القيمي المعبر

عنه تغير المثلي الذي يمكن فيه السلف قدحكي عليه الاجماع في (التذكرة والدروس وغاية المرام) وظاهر  
مجمع البرهان وقد يظهر من الغنية الاجماع عليه وفيما لا يضبطه الوصف قولان كما ستسمع وقد يظهر من  
الوسيلة ان لا قرض في غير المثلي واما ثبوت قيمته في الذمة فهو المشهور كما في (غاية المرام والمسالك والمفاتيح)  
وفي (الكفاية) انه اشهر وبه صرح في (المبسوط والغنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الثاني الاجماع عليه  
لاختلاف الصفات فالقيمة أعدل وظاهر الخلاف انه ثبت مثله أيضاً وفي (الشرائع) لو قيل به أيضاً  
كان حسناً لانه أقرب الى الحقيقة ولخبرين عامين واردين في مطلق الضمان أحدهما تضمن انه صلى  
الله عليه وسلم أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى والثاني انه ضمن عائشة انا حصصه وطعامها لما  
كسرته وقد عورضا بخبر آخر وارد في معتق الشقص ومع ذلك فهما حكاية حال فلعلم الغريم رضي  
بنالك وتظهر الفائدة فيما اذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه الغريم فلي هذا  
القول يجب قبوله وعلى المشهور لا يجب وفيما اذا تغيرت اسعار القيمي فلي المشهور يوم القبض وعلى  
القول الآخر يوم دفع العوض واختير في (التذكرة) ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف وهو ما  
يصح السلم فيه وضمان ما ليس كذلك بالقيمة لخبرين عامين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم استقرض  
بكرًا فرد بازلا وانه استقرض بكرًا فأمر برد مثله (وفيه) ان مطلق الدفع أعم من الوجوب ولا ريب  
في جوازه مع التراضي لانه زاده خيرا وما أمر به صلى الله عليه وسلم لم يقع اذ لم ينقل لان المقول انه اقترض  
قرضا من رجل بكرة فقدمت عليه ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع أبو رافع  
وقال لم أجد الا جملا جارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خير الناس أحسنهم قضاء فلا يدل على تحقق  
البراءة بالبكرة بل يجوز كونه مشروطا بالتراضي وقد اتفقوا في باب الغصب على ضمان القيمي بالقيمة  
من دونه تأمل ولا خلاف وقد استوفينا الكلام في ذلك وأما ان المعتبر قيمته وقت القرض على تقدير  
اعتبار القيمة مطلقا أو على بعض الوجوه فهو المشهور كما في (غاية المرام) وبه صرح في (جامع الشرائع  
وجامع المقاصد والمفاتيح) والمراد بالقرض هنا القبض والتسليم بناء على الغالب من اتصال القبض  
باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ولان القبض هو القبول بناء على الاكفاء بالفعل وهو  
الغالب في العادة فيكون القرض مستلزما للقبض عادة أو غالبا فتوافق عبارة الكتاب عبارة الدروس  
واللمعة والروضة حيث صرح فيها بوقت القبض وفي (الدروس) انه المشهور وهو معنى ما في السرائر  
من قوله وقت الاقباض وما في (التحرير) من قوله وقت الاقراض وما في (الشرائع والتبصرة والارشاد)  
من قولهما فيها وقت التسليم فليس هناك تعدد أقوال بالنسبة الى هذه العبارات كما صنع صاحب الكفاية  
وصاحب الرياض وقد فهم جماعة عدم التخالف بين عبارة الكتاب وعبارة الشرائع وقد سمعت  
ما حكيناه عن الصيمري في (غاية المرام) في شرح عبارة الشرائع وقد قال المحقق الثاني في شرح  
عبارة الكتاب اذا ثبت هذا فالواجب قيمته يوم القرض لانه وقت الثبوت في الذمة وهذا لا يتم  
الا أن يراد من القرض القبض والتسليم بالتقريب الذي ذكرناه وقيل الاعتبار بقيمته يوم التصرف  
بناء على انتقال الملك به كما سيأتي وأما عدم اعتبار قيمته يوم المطالبة فقد قال في (المسالك) ولا اعتبار  
بقيمته يوم المطالبة هنا قولاً واحداً الا على القول بضمانه المثل ويتعذر فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على  
أصح الاقوال ويأتي الكلام فيما اذا دفع المقرض العين في القيمي هل يجب القبول على المقرض أم لا



ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ويجوز اقتراض الجوارى والآلي لما قلناه  
من ضمان القيمة ويملك المقترض القرض بالقبض ( متن )

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ﴾ كما في ( السرائر والتذكرة وجامع المقاصد ) لما سئمه عنه في الدراهم ( وجمع البرهان والمسالك والكفاية والمفاتيح ) لأن الثابت إنما هو المثل الى أن يطالبه ولعل المراد المطالبة مع التسليم فلو فرضنا أنه طالبه ولم يسلم اليه ثم اتفق وجوده فالظاهر انحصار الحق فيه لاني القيمة فلم يكن مافي المختلف من قوله والاجود يوم الدفع مخالفا لما في السرائر حتى يعدد قولاً آخر وقد اتفقوا في باب النصب على وجوب قيمته يوم الاقباض والتسليم وقد استوفيا فيه هالك الكلام ( وقيل ) تجب قيمته وقت القرض وهذا نسب الى ابن ادريس فيما اذا تعذرت الدراهم نسبة اليه في الايضاح ولم أجده في السرائر ذكرها في المستثنى وكانه اختاره في التحرير فيما اذا تعذرت الدراهم لسبق علم الله سبحانه وتعالى بتعذر المثل وقت الاداء وفي ( جامع المقاصد ) أن بهر رواية صحيحة ثم ضعفه بأنه لا منافاة بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعدة الاجماعية والانتقال الى القيمة وقت المطالبة ويأتي تمام الكلام في الفرع الخامس عشر ( وقيل ) وقت التعذر وهو خيرة التحرير ونسب الى الشيخ في النهاية والقاضي وابن ادريس في موضع من كتابه فيما اذا تعذرت الدراهم وهو خيرة الكتاب في ذلك كما يأتي ويظهر ذلك من الايضاح أيضا لأنه وقت الانتقال الى البدل الذي هو القيمة وضعف بأن تعذره بمجرد لا يوجب الانتقال الى القيمة لعدم وجوب الدفع حينئذ فيستصحب الواجب الى أن يجب دفعه بالمطالبة فيحث لم يوجد الآن ينتقل الى القيمة ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز اقراض الجوارى ﴾ اجماعا كما في ظاهر ( التذكرة والمسالك والكفاية ) حيث قال في الاول عندما كما يجوز اقراض العبيد ونفى الخلاف عن ذلك في الاخيرين وعن اقراض العبيد أيضا في الاخير وفي ( المبسوط ) لأعرف بصلاصحابنا في جوار اقراض الجوارى ولا في المنع والاصل حوازه وعموم الاخبار يقتضي جوازه ونحوه مافي الخلاف بنماوت يسبر واصل في ( السرائر والترايع ) وغيرها مما تأخر عنهما على الجواز وان لم يجوز السلف فيها لان ضبطها غير محتاج للاستغناء عنه بوجوب القيمة والخالف بعض العامة في الجارية التي يحمل وطئها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والثالثي لما قلنا من ضمان القيمة ﴾ كما في ( السرائر والتحرير والتذكرة والخالف وجامع المقاصد والمسالك ) واليه مال في الشرائع حيث قال ينبغي الجواز ومال اليه أيضاً المقدس الاردبيلي وعدم الحواز خيرة المبسوط وجامع الشرائع وظاهر الارشاد وفي ( الدروس ) فيه قولان وفي ( الكفاية ) فيه وجهان وعلى القول بالجواز هل يعتد في صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة العقد فان ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن أم يكفي في جوازه مشاهدته على حد ما يعتبر في جوازيه ويبيى اعتبار القيمة بعد ذلك أمر وراء الصحة على المقترض معرفتها مراعاة لبراءة ذمته اطلاق كلام الاصحاب كما في ( المسالك ) يدل على الثاني وللأول وجه وجهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويملك المقترض القرض بالقبض ﴾ هذا هو المشهور كما في ( عاية المرام والمسالك والروضة والكفاية وجمع البرهان ) بل في الاخير انه المعقول وفي ( لمسالك ) ان كثيرا منهم لم يذكر فيه خلافا بل فيه أيضاً انه لا يكاد يتحقق فيه خلاف وفي ( الرياض ) ان عليه عامة من تأخر وظاهر ( الغنية والسرائر ) وموضعين من التذكرة الاجماع عليه وبه صرح في ( المبسوط والخلاف )

والغنية والسرور والشرائح والشرائح والذائع والتذكرة والتحرير والارشاد والخلف والدروس واللمعة) وسائر ما أتى من قول من قال ان المقرض ليس له الرجوع في العين فهو قائل بأنه يملك بالقبض فكانت الكلمة متفقة على ذلك وفي (الخلاف والمبسوط والغنية والشرائح والدروس) وغيرها انه لا يملك بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به بل يملك في الغنية انه لا خلاف في جواز التصرف بعد قبضه ولو لم يكن مملوكاً لما جاز ذلك فيه واستدل عليه في (الخلاف) بأنه اذا ملك جارية جاز التصرف فيها فلو لم يملكه لم يجز له التصرف فيه فما نسب اليه من القول بأنه انما يملك بالتصرف لم يصادف محله ويرشد اليه ان الشهيد في (الدروس) نسب المشهور الى الشيخ والقول بالتصرف الى القيل سم قال في (الخلاف) في مسألة أخرى بعد مستثنا التي نص فيها على انه يملك بالقبض لا بالتصرف قال يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض بلا خلاف وأما المقرض فعندنا ان له الرجوع فيه ولاصحاب الشافعي فيه قولان أحدهما مثل ما قلناه ومنهم من قال ان قلنا يملك بالقبض فليس له الرجوع وان قلنا يملك بالتصرف فليس له الرجوع بعد التصرف دليلنا انه عين ماله فكان له الرجوع فيه لان المنع يحتاج الى دليل انتهى وليس في هذا ظهور ولا اشعار في انه انما يملك بالتصرف كما استعرفه عند بيان الثرة وقد وقع مثله في (المبسوط) قال بعد نصيحه بما قلناه عنه ويجوز للمقرض أن يرجع فيه كما ان له أن يرجع في الهبة مع ان أحدا لم ينسب اليه الخلاف غير صاحب التنقيح فانه نسبة اليه ولم ينسبه الى الخلاف (والحاصل) ان هذا القول لم يجده لاحد من طائفتنا وانما نسب في الخلاف والتذكرة الى الشافعية في أحد قوايها ولهذا نفي الخلاف عما عليه الاصحاب في (الغنية والسرور) وغيرها كما عرفت وان كان فهو شاذ نادراً ولهذا أهمل الاكثر ذكره فلا معنى لما في الرياض من نسبة القول بالملك بالقبض الى الاشر فلا أقل من أن يقول انه المشهور كما في (المسالك) وغيرها كما عرفت وان كان في النفس مه تبي أيضاً ويبقى الكلام في هذا التصرف هل هو المسبوق بالمقد أو غيره فان كان الاول كما هو ظاهر كلام الحاكمين له وكلام بعض الشافعية المحكي عنه فان كان كاتفوا عن سبق الملك من حين القبض كما هو الظاهر مما حكاه في الدروس عن هذا القائل قال انه يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك مطلقاً عاد النزاع لفظياً من حيث ان التام حينئذ للمقرض على القواين وان قلنا انه كاشف عن سبق الملك قبله بلا فصل او ناقلاً قبل التصرف بلحظة كما في العبد المأمور بعتمه عن الأمر غير المالك كان النزاع معنوياً لكن انما صرنا الى ذلك في العبد المأمور بعتمه لمكان الضرورة ولا ضرورة هنا ولذلك ترك المحقق الثاني هذا التأويل وقال في العبد المذكور انه ثبت ملكه بالدليل وما نعرف وقته ولا موجهه ولا يضر ذلك وان كان المراد بالتصرف المعنى الثاني اي غير المسبوق بالمقد فلا مانع من حصول الملك به حينئذ لانه حينئذ معاطاة في القرض كالمعاطات في البيع وعلى ذلك استمرت الطريقة فيكفي حينئذ في جواز التصرف اذن المالك وليس تاباً للملك ولا متوقفاً عليه كما حررناه في بيع المعاطاة بما لا مزيد عليه وبذلك يتقدح دليل المشهور كما استعرف وعلى كل حال فيحتمل ان يكون المراد بالتصرف التصرف المثلث للعين او الناقل للملك أو يراد به مطلق التصرف كما حكى عن الشهيد في بعض تحقیقاته او يراد التصرف المستدعي للملك كالتزويج والاجارة وطحن الطعام وقد حكى في (التذكرة) الوجوه الثلاثة عن بعض الشافعية ولم يرجح شيئاً وعلى بعضها يعود النزاع لفظياً (اذا عرفت) هذا فاعلم ان اطلاق كلام أكثر الاصحاب ملكه بالقبض منزل لمكان ذكرهم المقدم في أول الباب على ما اذا كان بعد المقدم كما هو الشأن في الصرف

قوله وهو صريح (التحرير والتذكرة والمختلف والدروس وإيضاح النافع) لكن قد عرفت في أول الباب إن أكثر العبارات قد دخلت عن التعرض لذكر العقد بالكلية فينبغي ملاحظة كلام من أطلق ولم يتعرض لذكر العقد الآن قول انه مأخوذ في ماهية القرض بالتوجه الذي ذكرناه في أول الباب ويظهر من (الوسيلة) انه يملك بالعقد قال ملكه بنفس القرض الآن قول أراد بالقرض القبض والتسليم كما مر مثله في كلام المصنف ولعله نظر ان أبقى على ظاهره الى أنه عقد مملك صدر من أهله في محله من غير مانع مع قصد التملك فينبغي أن يترتب عليه أثره ولا يحتاج الى القبض وحده لكنه باعراض الإصحاب عنه تمكن أصل عدم الانتقال منه وبذلك يظهر عدم الملك بالقبض وحده من دون عقد قبله وقد يستدل على حصول الملك به وحده باستمرار الطريقة وإطلاق بعض الفتاوى والصحيحة مضافا الى عدم الاقتصار على صيغة مخصوصة وعدم نقل ذلك وعدم وقوعه في الزمن الأول كما قيل وعدم اعتبار القبول القولي عند جماعة فان هذه سواهد على ان مراد من اشترط الإيجاب والقبول انما هو التمييز بينه وبين العطيبة ولما كان هذا التمييز لا يتأتى بدون لفظ يدل عليه من الموجب اشترطوا الإيجاب القولي بأي لفظ يدل على المطوب ولم يشترطوا بعد القبض أزيد من ذلك فليتأمل في ذلك كله وقد احتج على انه يملك بالقبض لا بالتصرف بعد الاجماع التي سمعتها بان التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطا فيه والادار كما صرح بذلك جماعة وأشير اليه في (المبسوط والخلاف والغنية والشرائع) وغيرها كما عرفت وقال في (المسالك) فيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك مطلقا وتوقفه عليه فيكي في جواز التصرف اذن المالك فيه وردده في (مجمع البرهان) أولا بان الاذن انما حصل من المالك بأن يكون مالكا وعليه العوض لا مطلقا كما في سائر المعاوزات فانها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بان الاذن قد حصل وثانيا بانه يشكل جميع التصرفات لان الوطيء مثلا لا يمكن الا بالملك أو التحليل ومعلوم عدم الثاني فاذا لم يكن الاول لم يجوز وكذا البيع ونحوه فانه لا يجوز ان يبرم له الا نالو كالة أو فضولا ومعلوم انتفاءهما انتهى وهذا انما يتم مع سبق العقد واعتقاد انه انما شرع للتملك مع حصول القبض للتمييز والا فلقاتل ان الاذن سبب تام في جواز التصرف وناقص في اعادة الملك وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك فان كان غير ناقل وأكتفينا به فالامر واضح وان كان ناقلا أو وطئا أفاد الملك الضمني قل التصرف بلحظة يسيرة لمكان الضرورة واستقامة الطريقة يكتب الرجل لاخيه أو يرسل اليه رسولا أقرضني كذا وكذا فيرسل اليه ما أراد أو دونه ولا صيغة ولا عقد ولا أقل من أن يكون كالمعاطة في البيع في جارية كانت أو غيرها فليلاحظ ذلك وقد قالوا فيما يقع بين الناس من الهدية من غير لفظ يدل على الإيجاب والقبول يحتمل افادته الملك والاباحة وقد احتمل في (الدروس) عدم اشترط الإيجاب والقبول في الهدية ويلوح ذلك من التذكرة وبه حكم في التحرير واستحسنه بعضهم وقال بعضهم انه يجوز وطيء الجارية التي أرسلت هدية ومارية القبطية كانت من الهدايا وأم زيد أهداها المختار زين العابدين عليه السلام وقد احتمل في (المسالك والكفاية) فيما نحن فيه جواز الوطيء على القولين وفيه زيادة على ما قول وفي (الدروس) انه ليس عقدا محققا ولهذا اغتفر فيه ما في الصرف بل هو راجع الى الاذن في الانلاف المضمون والانلاف يحصل بازالة الملك أو المين فهو كالمعاطة انتهى فليتأمل في ذلك ولا بد من مراجعة ما ذكرناه في أول هذا الباب وقد استدل بعض متأخري المتأخرين على المشهور بصحيحة زراره قال قلت لابي جعفر عليه السلام رجل دفع الى رجل مالا قرضا على من زكاته على

فليس للمقرض ارتجاعه بل للمقترض دفع المثل مع وجود الاصل فلو اقترض من يمتق عليه انفق بالقبض (من)

المقرض أو على المقرض قال لا بل زكوتها ان كانت موضوعة عنده حولاً على المقرض قال قلت فليس على المقرض زكوتها قال لا يزكي المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء لانه ليس في يده انما المال في يد الاخذ فمن كان المال في يده زكاة قال قلت أفيزكي مال غيره من ماله قال ان ماله مادام في يده وليس ذلك المال لاحد غيره ثم قال يازراره أو أيت وضيفة ذلك المال أو ربحه لمن هو وعلى من هو قلت للمقترض قال فله الفضل وعليه نقصان وله أن ينكح ويبلس منه ويأكل وهذا الخبر صريح في حصول الملك بدون التصرف الناقل أو المتلف أو المستدعي للملك لكنه ظاهر في حصول الملك بمجرد القبض من دون توقف على عقد سابق الا أن تدعي انه مأخوذ في ماهية كما سلف فتأمل قبل وقد يقرب منه الموثق عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر انما كانت عليك قرضاً قال المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة فتأمل في وجه دلالته قد تحصل ان هنا أموراً خمسة يمكن حصول ملك المسال المقرض بها وهي اما القرض أي المقدم وحده واما هو مع القبض بعده أو القبض فقط أو التصرف بدون القرض أو معه فالاول مما لا ريب في عدم حصوله به كما انه لا ريب في عدم توقفه على الخامس لانه لا ريب في حصول الملك بالثاني وانما الاشكال في الثالث والخامس فليتأمل فيهما جيداً ويلحظ ما ذكرنا في معنى القرض في أول الباب وما في (جمع البرهان) من أن صاحب المسالك نقل عن الدروس أن لاختلاف في عدم الملك بالتصرف فبني على جملة كانت كما حكاها في (الدروس) عن القائل به كما عرفت ويحتمل وجهاً آخر وثمرة القولين على تقدير وجود القائل بالتصرف تظهر في الزكوة كما أشير اليه في الخبر وفي النماء وغيره كما أشرنا اليه في أول الباب ويأتي تمام الكلام قريباً **قوله** ﴿فليس للمقرض ارتجاعه﴾ كما في (السرائر) وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والميسية والمسالك والروضة والكفاية والرياض) ونسبه في الدروس الى الفاضل فكانه متأمل فيه وفي (الكفاية) انه أشهر وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الرياض) نسبه الى الأكثر وقال ان عليه عامة من تأخر وقال أيضاً ربما يستشعر من كثير من العبارات الاجماع عليه وهذه يكذبها الوجدان وقد تبع بذلك صاحب المسالك لكنه انما استشعر ذلك من عبارة الكتاب فقط واستعرف انه وهم والمخالف الشيخ في (الخلاص والمبسوط) فقد جوز فيهما أن للمقرض ارتجاعه وظاهر الاول الاجماع عليه حيث قال عندنا مع التصريح فيهما بأنه يملكه بالقبض وفي (السرائر) ليس على ما قاله دليل ولا دل عليه شيء يرضى وفي (التحرير) أنه ضعيف (جبة المشهور) ان فائدة الملك أن لا يتسلط عليه غيره والثابت بالمقد والقبض للمقرض انما هو البديل فيستصحب الحكم الى أن ثبت المزيل وليس هناك سوى دعوى الاجماع في (المسالك) على جواز العقد وهي مع فتوى الأكثر بعدم جواز الرجوع في العين موهونة وقد سمعت انكاره في السرائر على الشيخ الدليل ولو كان جازماً من الطرفين عنده لما أجه ذلك له (فتأمل) والمصرح بجوازه من الطرفين الشهدان (في الدروس والمسالك) والفاضل الميسي وهو ظاهر الشيخ في (المبسوط والخلاف) ولا تغفل عما في السرائر وستسمع أن ليس مراد

الشهيدين بالجواز الجواز بالمعنى المتعارف وان اختلفا في تنزيله (شرطه خل) وفي (التحرير) انه عقد لازم من جهة القرض جائز من جهة المقرض على معنى أن للمقرض رد العين والمثل ولو طلب المقرض العين لم يجبر المقرض على دفعها وتظهر الفائدة فيما اذا أقرضه عينا قهية فعلى القول بجوازه من طرف المقرض أنه يجوز للمقرض ردها وبينها ويجبر المقرض على قبولها وأما في المثلي فلا تظهر فائدة عند التأمل الصادق وكلام جامع المقاصد محتمل الجواز من الطرفين أو من طرف المقرض وقد يستند في كونه جائزا الى عدم انحصار ايجابه في لفظ واكتفاء جماعة فيه بالقبول الفعلي وذلك شأن العقود الجائزة (وفيه) ان الرهن لازم من طرف الراهن ولا ينحصر ايجابه في اللفظ فليتأمل ثم انا نقول الظاهر ان مراد القائل بجوازه عدم امهال المقرض الى قضاء الوطر من الدين وان كان قضية العرف ذلك فيجوز لكل منهما الرجوع في الجميع أو البعض في المجلس وغيره كما صرح به في (الدروس) ويكون القرض من ذلك الرد على مالك حيث قال ليس المقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضى المقرض وطره منه أو يمضي زمان يتسع لذلك وما في (المسالك) من أن المراد بالجواز تسلط المقرض على أخذ البديل اذا طالب به متى شاء وانهم اذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وان كان مغايرا لغيره من العقود من هذا الوجه فان كان أراد ما ذكرناه والا ففيه ان جواز أخذ البديل كان مقتضى القرض والقبض وحاصلا قبل الفسخ وليس ذلك أثره بل ذلك حاصل لو كان عقدا لازما وهذا بعيد عن معنى الفسخ اذ هو ابطال أثره الشرعي فاذا لم تخرج العين الموجودة عن ملكه لم يكن العقد مفسوخا وليس النزاع في أمرا صلحوا عليه حتى انهم يسامحون فيه ولا يشاحون عليه بل في ترتب الاثر الشرعي كما هو ظاهر ومثله في الرهن ما في (مجمع البرهان) من انه ليس يبعيد أن يكون النزاع فيما قبل الفسخ يعني اذا تحقق العقد مع الشرط وحصل الملك الناقل فع عدم طر يان الفسخ عليه بالتقابل من الجانبين أو من جانب واحد هل يجوز الرجوع في العين مع كراهية المقرض أم لا اذ فيه أن النزاع حينئذ قليل الفائدة اذ المقرض أن يفسخه ويأخذ ماله بل المطالبة به فسخ والمقرض الفسخ واعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول مع احتمال حصول الفسخ بمجرد رد العين من دون احتياج الى عبارة (واحتج) في (المبسوط) على جواز الرجوع بأنه كالمهية قال له أن يرجع فيه كما له أن يرجع في الهبة ونحوه ما في (الخلاص) من أنه عين ماله فله أن يرجع فيه وهو كما عرفت مبني ومتفرع على تملك المقرض وظاهر في كونه عقدا جائزا وغاية الامر انه لم يفصله فحمل في (المسالك) كلامه على غير ظاهره ما أجاب عنه ببدء الفرق بينه وبين الهبة بالعوض وعدمه أو بالدليل وعدمه ولم تكن حجة الشيخ المساواة بينه وبينها بل كونه عقدا جائزا واكتفى عن ذلك بالمثال ثم ان هناك فرقا آخر بينهما وبين الهبة وهو أن الملك فيها لا يستقر الا بالتصرف وفي القرض يستقر بالقبض ثم قال في (المسالك) ويمكن تعليقه بالاتفاق على أن القرض عقد جائز ومن شأنه أن من اختار فسخه رجع الى عين ماله وقال هذا وجه حسن لم ينهوا عليه وقد عرفت أن الشيخ نبه عليه لكنه لم يفصله فلم يكن أتى بغير ما أتى به الشيخ الا أن نقول انه في (المسالك) فهم من الشيخ ما أشار اليه في (السرائر) حيث لم يفهم منه أن العقد عند جائز والا لما صح له ان يقول في رده انه لا دليل عليه الى آخره فليتأمل جيدا ثم انه في المسالك قال ان الحكم في المسئلة مبني على الخلاف السابق فان قلنا ان المقرض لا يملك الا بالتصرف بأي معنى اعتبرناه فلمقرض الرجوع في العين قبله لأنها ملكه وان قلنا انه يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر (القواعد) لعدم لانه جل

ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم (متن) .

هذه المسئلة مفرعة على تلك بالفاء ويظهر من المصنف يعني المحقق ان الخلاف في هذه المسئلة جار وان قلنا بملك بالقبض وهذا هو الظاهر انتهى (وفيه) ان اقصى ما في عبارة الكتاب انه فرع عدم الاتيماع على القول بالملك وذلك لا يدل على انه لا يمكن القول بخلافه حتى لا يكون فيه خلاف مع ما يراه من خلاف الشيخ في كتابه ومع ما شاهدته من شيخه المحقق من ظهور جريان الخلاف في عبواته على القول بالملك وما هو ذا في التذكرة فرع كالكتاب ثم نقل كلام الشيخ واحتججه عن الشافعي واجاب عنه بما ذكره في المسالك فليحظ ذلك ومما ذكر يعرف حال ما فرعه المصنف من ان المقرض دفع المثل مع وجود الاصل اذ هو ظاهر على المشهور وكذلك لو استقرض من ينعق عليه فانه ينعق عليه بالقبض عندنا كما في (التذكرة) ومن قال بالملك بالتصرف ينعق عنده بالتصرف وتظهر الثمرة أيضاً في النماء قبل التصرف وقد قلنا بقيام الاحتمالين على القول بالكشف وفي نفقته لو كان حيوانا وقد اوضحنا ذلك كله فيما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم ﴾ هذا هو المشهور كما في (الكفاية) والظاهر انه يجمع عليه كما في (مجمع البرهان) ولا خلاف فيه يعرف الا ممن ندر من بعض من تأخر كما في (الرياض) وقال فيه ربما اشعرت عبارة الشرائع وغيرها بالاجماع وهو الحجة انتهى فتأمل فيه وموضع الاشعار من الشرائع قوله ان الرواية مهجورة وهو خيرة السرائر في ظاهرها وجامع الشرائع والشرائع والتافع والتذكرة والتحرير والدروس واللعة والتقيح وغاية المرام والروضة ومجمع البرهان على تامل ضعيف له فيه ويمكن تميم عبارة الارشاد بحيث تشمله كما احتمله المقدس الأردبيلي للأصل مع عدم الموجب معتزدا بما يظهر من دعوى الاجماع من جماعة وقد استدلوا عليه بجواز اصله المستلزم لجواز شرطه وقد عرفت من قبل الحال في جواز الاصل وما أريد بهذا الجواز ان الاصح ان المراد به عدم لزوم الأجل الذي اقتضاه العقد بحسب العرف وذلك لا يدل الاعلى عدم لزومه بمجرد العقد وهو لا يتأفي لزومه مع الشرط وقد يستدل عليه أيضا بأنه مستحب بالاجماع والكتاب والسنة والاستحباب لا يتعلق بايقاع الصيغة بل بمدلولها وما هو الاخير المطالبة الى قضاء الوطر واستحباب التأخير وهو عين معنى الجواز وفيه كما بينه في (الرياض) ان القول ان الاستحباب انما تعلق باجراء الصيغة لا بخصوص مدلولها وان كان هو الوجه في تعلقه باجرائها فكان مفاد الادلة انه يستحب القرض وایجاد سببه ولا يتأفي وجوب السبب بمدلولها والشان في التجارة قد تضافت الادلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات اسبابها سلمنا لكن ذلك انما يتجه بالنسبة الى نفس المقدوانه بمجرد لا يقتضي وجوب التأخير بل غاية الاستحباب كما يستفاد من ادلة استحبابه ولا كلام فيه للاجماع على جواز العقد المستلزم لعدم وجوب التأخير فيه ولكنه لا يتأفي لزومه بسبب آخر غير نفس العقد المجرد وهو العقد المركب من الشرط لعموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط كالمو اوقع عقد البيع حالا فانه لا يقتضي وجوب التأخير في احد العوضين الى أجل ولا كذلك لو اوقعه مؤجلا فقد يكون عقدا قرض بنفسه لا يفيد لزوم أجل ومع شرطه يفيد لزومه فلا منافاة بين جواز اجل القرض نظرا الى نفس العقد ولزومه باشرطه فيه لتغاير السببين كما لو اشترط أجله في عقد آخر لازم كما سنسمعه عن الاكثر فالاستدلال بذلك على المطلوب غير متوجه وقد يفرق بين القرض والبيع بمدلول دلالة عقده على اجل بخلاف القرض لدلالته عليه بحسب العرف

لكن يصح ان يجعل اجله شرطاً في عقد لازم فيلزم (متن)

كما مر فاذا لم يجب الوفاء به مع دلالة العقد الذي هو الاصل في لزوم الوفاء به وبالشرط المحاصل في ضمنه عليه فعدم وجوب الوفاء به اذا دل عليه الشرط أولى فتم الاستدلال فليتامل جيداً (هذا) والمخالف في المسئلة المحدث الكاشاني في ظاهر المفاتيح فانه يظهر منه في القول بلزوم العقد المشترط فيه التأجيل ولزوم الأجل وكأنه ميل اليه في (المسالك والكفاية) وبه قطع صاحب (الهدائق) وقد سمعت ما حكيناه عن (مجمع البرهان) واستدلوا عليه بمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط وضمرة الحسين ابن سعيد قال سأله عن رجل أقرض رجلاً دراهم الى أجل مسمى ثم مات أيحل مال القرض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل مالم يستقرض في حياته فقال اذا مات فقد حل مال القارض والتعريب فيها من تقريره عليه السلام ان الأجل لازم في القرض مطلقاً بل ظاهرها كون ذلك في عقد القرض ومن مفهوم الشرط الذي هو حجة وما عساه يقال بمنع ظهورها في المطلوب اذ أقصى ما هناك الدلالة على صحة الأجل لا لزوم الذي هو المفروض (ففيه) ان لفظة يحل ظاهرة في عدم استحقاق الدائبة قبل انقضاء المدة المضروبة حال حيوة المستقرض (واستدل في الهدائق) بقوله جل شأنه (اذا تدبرتم بين يدي الى أجل مسمى فاكتبوه) قال وهي شاملة للسلم والنسيئة والقرض (وبما روي) في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام من أقرض قرضاً ولم يرد عليه عند انقضاء الأجل كان له من الثواب في كل يوم صدقة دينار (وبالخير) المروي عن ثواب الاعمال من أقرض وضرب له أجلاً الحديث وأيدد المولى المعتمد الاردبيلي بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من العقل والنقل قال الا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك والا كان القول به جيداً (وفيه) مع عدم التماثل به واداباق الاصحاب على خلافه على التظاهر عرفتم من غاية الادلة المذكورة ما عدى المضمرة صحة التأجيل وابست محل نزاع وثمرتها جواز تأخير الدفع الى الاجل ووجه به بعده وذلك غير لزومه الذي هو عبارة عن وجوب التأخير اليه الذي هو محل النزاع وضمف دلالة لآية الشريعة من وجه آخر وهو اختصاصها بالدين وهو غير القرض كما انقضى بيانه مضافاً الى أن الخبرين قاصران من جهة السند ولا جابر لهما في المقام وأما المضمرة ففي (الشرائع) انها مجورة وقد حمت على الاستحباب ومثل ما نحن فيه ما اذا شرط في عقد القرض تأجيل مال حال سواء كان القرض أم غيره اذ الحكم فيهما واحد كما هو ظاهر كلامهم وقد صرح بذلك في (الميسية والمسالك) **سنة قوله** لكن يصح أن يجعل أجله شرطاً في عقد لازم فيلزم (كفي) (التذكرة والدروس) والتنقيح وغاية المرام وايضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والروضه والكفاية ومجمع البرهان) بل في الاخير يمكن عدم الخلاف فيه وكأنه في الدروس متردد حيث قال قال الفاضل يلزم تبعاً للازم ويشكل بان الشرط في اللازم يجعله جائزاً فكيف ينمكس وفي رواية الحسين اشعار بذلك ويمكن حمله على النذب انتهى (حجة المشهور) عمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط مع عدم المانع المذكور هناك وان جزء العقد اللازم لازم وقال في (جامع المقاصد) ان الشهيد أورد اشكالا في المقام حاصله انه ان أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فسلم كنهه خلاف المتبادر من كونه لازماً اذا العقود المشروط فيها شروط لا تقتضي لزوماً بل قائمتها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالاخلال بها وان أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى انه لا سبيل الى الاخلال به لم يطرده الا ان يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع ويجعل

وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه ولا يثبت الزيادة وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي (متن)

التأجيل من قبيل الواقع فيتم (ويمكن الجواب) بان المراد بكون الشرط لازماً وجوب الوفاء به كما وجب الوفاء بالعقد اللازم لانه من جملة مقتضياته وتسلط من نعلق غرضه به على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر فيكون الشرط والعقد لازمين من طرف المشتري ومن طرف من تعلق به غرضه يكون لازماً مع الاتيان بالشرط لا بدونه وهذا معنى واضح صحيح نعم ما سبق من اشتراط العتق في العبد المبيع اذا أخل به المشتري يسقط البائع على الفسخ وليس له اجبار المشتري مناف لهذا وان كان المختار أن له الاجبار فلا منافاة وما ذكره من الفرق بين الشرط الذي سيفعل وغيره أيضاً متجه فلا يبعد أن يقال اذا شرط الحال في عقد لازم كان كما لو شرطه في العوض الواقع في ذلك العقد فليزيم بهذا الاشتراط وهذا هو المفهوم من اطلاق الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني انتهى وقد تقدم الكلام في المقام في أول باب النقد والنسيئة وفي الفصل الثالث في الشرط عند شرح قوله ولو أخل المشتري بالرهن والكفيل وقد استوفينا الكلام في البابين ورجحنا انه يلزم وان امتنع بحجبه الحاكم فان تعذر تسلط على الفسخ لمكان الاجاعات والمعمومات الى غير ذلك مما ذكرناه في باب النقد والنسيئة وبيننا ان هذا الشرط هل يلزم من الجانبين أو من جانب واحد فالامر بيد المشتري ونفع الشرط له وانه لو شرط توكيله في عقد لازم ثم عثره هل ينعزل أم لا وقلنا ان ذلك كله اذا لم يكن لغيرها مدخل في الشرط وأما معه فلا مثل شرط العتق وبيننا الحال فيه بما لا مزيد عليه ومثال ما نحن فيه أن تقول بعتك الدار مثلاً بكذا وشرطت عليك أن يكون قرضك أو دينك الفلاني مؤجلاً الى سنة فيقبل المشتري ومثله في (التذكرة) بما اذا قال بعتك هذا بشرط أن تصبر بالدين كذا واشترى على هذا الشرط الى آخره وفيه تأمل لانه يشبه أن يكون تعليقاً قوله ﴿ وكذا لا يلزم لو أجل الحال ﴾ كافي (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحريه الارشاد والدروس والميسيه والمسالك والكفاية) وفي الاخير انه المشهور بين الاصحاب ومثاله أن يعبر صاحب الدين بعبارة تدل عليه من دون ذكره في عقد كأن يقول أجلك في هذا الدين مدة كذا اذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به بل هو وعد يستحب الوفاء به ولا فرق بين أن يكون مهراً أو غيره كما في (النافع) وخالف بعض العامة حيث ذهب الى ثبوت التأجيل في ثمن المبيع والاجرة والصدقات وبموض الخلع دون القرض وبدل المتلف وذهب آخرون منهم الى ثبوته في الجميع ومنه يعلم الحال فيما لو أخل الحال بزيادة فيه كما نبه عليه المصنف ونص عليه في (المبسوط) بل لا يصح بذلها ولا أخذها قوله ﴿ ولا تثبت الزيادة في ٤ ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر) وغيرها ولا يصح أخذها لو بذلت بمجرد جماها في مقابلة التأجيل قوله ﴿ وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي ﴾ كما (في السرائر والشرائع والتبصرة والتحريه) وغيرها ويدل عليه ما رواه الكليني والشيخ في (الكافي والتهذيب) عن أبان بن تغلب في الصحيح عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقي على أن أضع عندك النصف أيحل ذلك لواحد منهما منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته كما سئمت وكما يعتبر



(فروع الاول) لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ولو قال ملكتك واطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة قانت اختفا احتمال تقديم قول الواهب لانه ابصر بنيته (متن)

التراضي في اسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير اسقاط لان الاجل أيضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالتبعض لخوف ونحوه وبالنسبة الى الآخر واضح اسكن اسقاط الاجل يكفي فيه مجرد الرضا أما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائما مقام البراءة فانه كما يظهر من تصاعيف كلامهم في مواضع متفرقة انه لا يختص بالفظ وفي (كتاب الجنائيات) يقع بلفظ المسقود ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه درجيا كالبراءة والاسقاط والعمو أو الصلح لامطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى أن يتحقق المزيل شرعا وفي (الكفاية) هل يكفي الرضا في الاسقاط أو توقف البراءة على لفظ فيه وجهان وقال وكذا يصح تعجيل بعضه بزيادة في أجل الباقي لا أخبره بزيادة فيه وسند المجموع صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت) روى الحلبي في الحديث أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسمى فيأته نريمه فيقول أتقدي كذا وكذا وأضع عنك بقبته أو يقول أتقدي بعضه وأمدك في الأجل فيما بقي عليك قال لأرى به بأسا الحديث ونام الكلام في باب الرضا قوله ﴿فروع الاول لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض﴾ قد سبقت هذه المسئلة وانما أهداها ليذني سلبا ما مدها - قوله ﴿لو قال ملكتك وأطلق ولم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة﴾ كما في (التذكرة وجامع المتبادر) وفي (التحرير وحوالي الكتاب) ان فيه نظرا يرد من أن الهبة كذلك ومن استعمال هذه اللفظة في الهبة وغيرها ولا دلالة للعام على الخاص وهو كما ترى لان قوله ملكتك اذا تجرد عن ذكر رد العوض وهو لمعني بالاطلاق كان حقيقة في الهبة ومجازا في القرض لانه جزء مفهومه وحزمته الآخر رد العوض وقيد بعدم وجود القرينة لانه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها لان المراد تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره فيكون معا قرضا وبدونها هبة - قوله ﴿فروع الاول لو قال ملكتك وأطلق ولم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة﴾ ووجه الرد على الأخذ بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهو خبره (التحرير والتذكرة) وحمل الاختلاف ما اذا قال ملكتك وأطلق واختلنا في القصد (وفيه) انك قد عرفت أن لفظ التمليك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة ومجازا في القرض فلا يصار اليه الا بقرينة وانقرضت اتفانها على الظاهر من عبارة الكتاب ودعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا التفات اليها والصدون كان معتبرا الا أن الظاهر في الايراد السريحة اقترانها بالتعمد فيحمل الاقرار عليه وقد أجمعوا كما في المسالك على انه له ادعى عدم التعمد الى البيع ونحوه مع تصرحه بلفظه لم يفت اليه (وما ذكر) يعرف حال باقي الادلة فان اصله المعصية قد انقطعت بما وقع من لفظ الصريح ومثله القول في الخبر فانه مع وجود السبب الناقل للمالك شرعا الراجع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك فوي تماما يستدل بها عند عدم وجود ما يهد سببا ناقلا شرعا لامه نعم لو شهدت قرينة كسبق الوعد بالقرض واختلنا حينئذ في القصد قدم قول الدافع

وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من ان التملك من غير عوض هبه (الثاني) لورد المقترض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت وكذا غير المثلي على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة (الثالث) للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع وان اقرضه تفريقاً ولو اقرضه جملة فدفع اليه تفريقاً وجب القبول (متن)

بيئته عملاً بالقرينة وكأن المسئلة مفروضة عند المصنف في (التذكرة والتحرير) من هذا التيبيل وأما لو اختلفا في ذكر البديل فانه يقدم قول المقترض أي المتهب لاصالة عدم الذكر كما في (التذكرة وجامع المقاصد) وهذا غير مذکور في عبارة الكتاب ﴿ قوله ﴾ (وتقديم المتهب قضية للظاهر من ان التملك من غير عوض هبة) الوجه فيه ظاهر مالم تشهد القرينة بالقرض كسبق الوعد به ﴿ قوله ﴾ (لورد المقترض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت) كما في (التذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان) لان الواجب أمر كلي في الذمة والعين أحد افراده والتعيين الى من عليه الحق وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف في جواز اعطاء العين في المثلي ووجوب قبولها ومعنى رخصت بضم الهمزة نقصت قيمتها السوقية عما كانت مع بقاء العين بحالها - ﴿ قوله ﴾ (وكذا سير المثلي على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة) والوجه الآخر من الاشكال مساواة المدفوع للمأخوذ وان القيمة انما اعتبرت لتعذر المثل ونحوه ما في (التذكرة والتحرير) في عدم الرجوع واختير عدم وجوب القبول في (الايضاح والتنقيح وجامع المقاصد) لان الواجب في قرض القيمي هو القيمة وقت القرض كما أشار اليه المصنف هنا فاذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطاً بالتراضي وكون انما اعتبرت لتعذر المثل اولاً غير معلوم ثم ان الكلام في الثابت في الذمة الآن لا فيما كان حقه الثبوت وقد عدل عن ثبوته بدليل نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة ثم ذلك واختبر وحوه في (الخلاف والدروس والمسالك ومجمع البرهان) وقد بظهر ذلك من المبسوط وفي (الدروس) ان في الخلاف الاجماع عليه وفي (الخلاف) يجوز للمقرض أن يرد مال القرض على القارض بلا خلاف انتهى فتأمل ويأتي في الفعلة ما يشهد بذلك وفي (مجمع البرهان) انه يفهم عرفاً انه اذا أعطى العين يجب القبول ولا يطلب غيره الا مع التغيير المنقوص للقيمة وقال أيضاً ان العرف والتبادر من العوض والتسامح فيه من جانب المقرض دليل وجوب القبول وان كون الواجب هو القيمة محمول على تقدير عدم اعطاء العين كما في المثلي فانه يجب المثل على تقدير عدم اعطاء العين وفي (الدروس) أيضاً يحتمل وجوب قبولها ان تساوت القيمة أو زادت وقت الرد وان نقصت فلا وسيأتي في الفرع الرابع من كلام المصنف ما هو كالصريح في ذلك - ﴿ قوله ﴾ (للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع وان اقرضه تفريقاً) كما في (التحرير والدروس وجامع المقاصد) والوجه فيه واضح لان الجميع حال فله المطالبة به وكذلك الحال في العكس كما لو اقرضه جملة فان له المطالبة بها تفريقاً وحالاً في عبارة الكتاب مخفف والمراد بقوله وان اقرضه تفريقاً انه اقرضه الجملة في دفعات ﴿ قوله ﴾ (ولو اقرضه جملة فدفع اليه تفريقاً وجب القبول) كما في (الدروس وجامع المقاصد) لانه حق له اسحق أخذه وليس كلياً والثمن يجب تسليم جميعه نظراً الى اتحاد الصفة فليس له فيما نحن فيه الامتناع من أخذه الى أن يسلمه الجميع اذ الصفة

(الرابع) لو اقترض جارية كان له وطئها ووردها اذا لم تنقص على المالك مجانا ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها فان دفعها جاهلا لحملها ثم ظهر استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال ويدفع قيمتها يوم القبض لا يوم الاسترداد (الخامس) لو اقرضه دراهم او دنانير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفة عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (متن)

هنا ويطالب بالباقي في المال ولا يجب على المقرض التأخير وان قل الزمان الامع الاعسا - بقوله -  
 ولو استقرض جارية كان له وطئها كفي (التحرر والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وفي الاول التتميد بعد الاستبراء ان وجب ولا ريب ان المراد بمد القبض كما قيد بذلك في (التذكرة والدروس) وفي (المسالك والكفاية) كان له وطئها بمجرد القبض وان اوقفناه على التعريف لم يحمل بمجرد القبض ومن بعض العامة ان المالك بالقرض سبب ضعيف فلا يحمل به الوطئ فيشبهه بتأدية الخاء ابي الوطئ وهو مني عنه وقد قيل انه من قبيل الهذبات - بقوله - ثم ووردها اذا لم تنقص على المالك مجانا كفي (الدروس) وظاهرها ان له ذلك كذلك وان لم يرض المقرض وهو متجه على مختار الدروس من ان الاصح وجوب قبول المدين في الفسخ اذا لم تنقص او مطلقا والمصنف استشكل في ذلك وقد يمكن رجوع عنه الا ان يكون المراد جواز الرد اذ ارضى المالك لكنه حينئذ لا يحتاج الى التتميد بعدم النفس ومله لذلك لم يذكره في (التذكرة) واما الرد مجانا حيث يجب القبول حيث لا تنقص فلانه مادف ملكا فلا عوض عليه فيه واما مع النقص أو الحمل من غيره فان اتفقا على الاصح في (الدروس) - بقوله - ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها كفي (التذكرة والدروس) والوجه فيه ظاهر - بقوله - فان دفعها جاهلا بحملها استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال أما الاول فظاهر واما الرجوع بمنافعها فقد استشكل فيه في (التذكرة والابحاح) كالكتاب من ان اباحه المنافع بغير عوض معلول للدفع للمالك لانقضاء جميع انواعه كالعارية ونحوها الا هذا وقد اتفق وانقضاء العلة يقتضى انقضاء المعلول ومن اذنه للمقرض في استيفاء المنافع بغير عوض لانه المفضل والاول اقوى كافي حواشي الكتاب واقرب كافي (الدروس) ولا يخلو عن قبة كافي (جامع المقاصد) لما ذكره ولعموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدى ولانه قد بين ان بد المقرض بغير حق فتكون يد عدوان اذ لا واسطة بينهما غاية ما في الباب ان ذلك لم يكن معلوما بحسب الماهر فاذا علم تزاد عليه اثره وقد سبق في المبيع فيما فاسدا انه يستحق الرجوع بمنافعه وهذا نظيره - بقوله - او يدفع قيمتها يوم الترض لا يوم الاسترداد كافي (التذكرة والدروس) اما الاول فقد تقدم بياحه مما سلف واما الثاني وهو عدم اعتبار قيمة يوم الاسترداد فظاهر فساد الدفع - بقوله - (وله امره - او دنانير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفة عند الناس لم يصح لتعذر المثل) كما شرح بذلك كله في (التذكرة) وشرح في (التحرير) بعدم الصحة في المكيال والصنجة المعينين الغير المعروفين عند الناس وقضية كلام الكتاب والتذكرة انه لا يصح اقراض الدراهم والدنانير عددا كما هو المعارف في هذه الاعصار فياهو مصروب بسكا

( السادس ) ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد اخر جاز سواء كان في جملة مؤنة اولا ولو طالبه القرض من غير شرط في غير البلد او فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض ( متن )

السلطان من الفضة والذهب كما أشرنا الى ذلك عند شرح قوله ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وأما عدم الصحة في المكيال والصنجة المذكورين في الكتاب وان فرض حفظهما لان شرط صحة القرض العلم بالقدر وأما يتحقق بكون المكيال عاما وكذا الوزن وهما مع كونهما في معرض التلف فلا يبيح الى العلم بالقدر طريق لا يخرج المقدر بهما عن الجمالة ولو ادعى المالك العلم لم يقبل منه الا بالينة ولو ادعى الغريم العلم قبل قوله مع اليمين لانه غارم وقد قيل عليه ان تعذر رد المثل مع حفظ المكيال والصنجة غير واضح فكان عليه أن يعلل بغير ذلك وأجيب بإمكان ارادة كونه بمعرض التلف فيكون الشأن فيهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما **قوله** **﴿ ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه ﴾** كافي ( التذكرة والدروس وجامع المقاصد ) لانه موضع الوجوب اذا قرض على طريق الحلول واستظهر في ( جامع المقاصد ) انه لو أجل بسبب لازم فموضع الرد مكان الحلول **قوله** **﴿ فلو شرط القضاء في بلد أخر جاز سواء كان في جملة مؤنة اولا ﴾** للاخبار والاجماع المحكي في ( الخلاف ) والظاهر من التذكرة وعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن تكون المصلحة في جانب المقرض أم المقرض اذ الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو وصفاً وليس هذا من ذلك كما مر بيانه ويبقى الكلام في ان ذلك يلزم أم لا بل يجوز لكل منهما المخالفة والذي يقتضيه النظر انه لا يجوز للمقرض المخالفة والمطالبة في غير بلد الشرط لان العقد لازم من طرفه كما عرفت فيما سلف ويلزمه ما شرطه أو شرط عليه وليس ذلك من التأجيل في شيء وان رجع اليه بالآخرة ولا فرق في ذلك بين أن يكون للمقرض مصلحة في ذلك أم لا أو يكون عليه ضرر أم لا وانه يجوز للمقرض المخالفة والدفع متى شاء لعدم لزومه من طرفه فيجب على المقرض قبوله وان كان عليه في ذلك ضرر لانه أقدم على ذلك وقد قيل مثل ذلك في السلم وستسمع كلام الاصحاب وما اختاره المصنف لكن يرد على التحقيق انه قد مر ان المراد باللزوم من طرف المقرض انه لا يجوز له المطالبة بالعين لانه لا يجوز له المطالبة بالبدل فليتأمل **قوله** **﴿ ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض ﴾** وقال في ( التذكرة ) وجب الدفع ولم يتعرض للمصلحة وقد يكون مستشكلا في التذكرة بنا على عود الاشكال في آخر كلامه الى الجميع وقال في ( الدروس ) في المسئلتين لم يجب الدفع وان كان الصلاح للدافع واخار فيها في ( جامع المقاصد ) بوجوب الدفع ما لم يختلف قيمة المثل وتكون قيمة مكان المطالبة أكثر فانه لا يجب الدفع حينئذ للضرر الا أن يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقين وقد سلف في أول الباب فيما اذا التجبى المديون الى الحرم انه اختار في ( المختلف ) بوجوب الدفع وقت المطالبة كالغصب وستسمع له كلاما آخر والوجه فيما اختاره المصنف من وجوب الدفع اذا طالبه في بلد القرض وقد شرط الاداء في غيره وكان للدافع مصلحة ان القرض حال والشرط لا يصيره مؤجلا ولا معنى لا طراح الشرط بالكلية فيجب أداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع

(الرابع) لو اقترض جارية كان له ووطنها وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها فان دفعها جاهلا سخطها ثم ظهر استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال ويدفع قيمتها يوم القبض لا يوم الاسترداد (الخامس) لو اقترضه دراهم او دنانير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفة عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (متن)

هناو يطالب بالباقي في الحال ولا يجب على المقرض التأخير وان قل الزمان الامع الاعصار . . . قوله . . .  
 ﴿ولو استقرض جارية كان له ووطنها﴾ كافي (التحرر والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وفي الاول التقييد بعد الاستبراء ان وجب ولا ريب ان المراد بعد القبض كما قيد ذلك في (التذكرة والدروس) وفي (المسالك والكفاية) كان له ووطنها بمجرد القبض وان اوقفناه على التصرف لم يحل بمجرد القبض ومن بعض العامة ان الملك بالقرض سبب ضعيف فلا يحل به الوطى فيشبهه بارية الجوزي للولمي وهو ماضي عنه وقد قيل انه من قبيل الهذبات . . . قوله . . . ﴿وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا﴾ كافي (الدروس) وظاهرهما ان له ذلك كذلك وان لم يرض المقرض وهو متعه على بخار الدروس من ان الاصح وجوب قبول العين في القيسي اذا لم تنقص او مطلقا والمصنف استشكل في ذلك وقديكون رجع عنه الا ان يكون المراد جواز الرد اذ ارضي المالك لكنه حينئذ لا يحتاج الى التقييد بعدم النقص وامله لذلك لم يذكره في (التذكرة) واما الرد مجانا حيث يجب القبول حيث لا تنقص فلانه صادف ملكا فلا عوض عليه فيه واما مع النقص او الحبل من غيره فان اتفقا على الارض جانا كافي (الدروس) . . . قوله . . . ﴿ولو حملت صارت ام ولد﴾ دفع قيمتها كافي (التذكرة والدروس) والوجه فيه ظاهر . . . قوله . . . ﴿فان دفعها جاهلا سخطها﴾ اشكال في اما الاول فظاهر واما الرجوع بمنافعها فقد استشكل فيه في (التذكرة والايضاح) كالكتاب من ان اباحة المنافع بغير معلول للدفع التملك لا تنافي جميع انواعه كالعارية ونحوها الا هذا وقد اتفق وانتهت العلة يقتضى انتفاء المعلول ومن اذنه للمفرض في استيفاء المنافع بغير عوض لانه المفرض والاول اقوى كافي حواشي الكتاب واقترب كافي (الدروس) ولا يخفى عن قمة كافي (جامع المقاصد) لما ذكره ولعموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه ولانه قد بين ان يد المفرض بغير حق فتكون يد عدوان اذ لا واسطة بينهما غاية ما في الباب ان ذلك لم يكن معلوما بحسب الظاهر فاذا لم ترتب عليه اثره وقد سبق في المبيع يما فاسدا انه يستحق الرجوع بمنافعه وهذا نظيره . . . قوله . . .  
 قيمتها يوم الترض لا يوم الاسترداد كافي (التذكرة والدروس) اما الاول فقد تقدم بيانه فيما سلف واما الثاني وهو عدم اعتبار قيمة يوم الاسترداد فان ظهر فساد الدفع . . . قوله . . . ﴿اقترضه دراهم او دنانير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفة عند الناس لم يصح لتعذر المثل﴾ كما سرح ذلك في (التذكرة) وسرح في (التحري) بعدم الصحة في المكيال والصنجة المعينين الغير المعروفين عند الناس وقضية كلام الكتاب والتذكرة انه لا يصح اقراض الدراهم والدنانير عددا كما هو المتعارف في هذه الاعصار فيما هو مضروب بسكه

(السادس) ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد اخر  
جاز سواء كان في جملة مؤنة اولا ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد او فيه مع  
شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض (متن)

السلطان من الفضة والذهب كما أشرنا الى ذلك عند شرح قوله ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وأما  
عدم الصحة في المكيال والصنجة المذكورين في الكتاب وان فرض حفظهما لان شرط صحة القرض  
العلم بالقدر وإنما يتحقق بكون المكيال عاما وكذا الوزن وهما مع كونهما في معرض التلف فلا يبقى الى  
العلم بالقدر طريق لا يخرج المقدر بهما عن الجهالة ولو ادعى المالك العلم لم يقبل منه الا بالينة ولو ادعى  
الغريم العلم قبل قوله مع اليمين لانه غارم وقد قيل عليه ان تعذر رد المثل مع حفظ المكيال والصنجة  
غير واضح فكان عليه أن يعلل بغير ذلك وأجيب بإمكان ارادة كونه بمعرض التلف فيكون الشأن  
فيهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما - قوله - ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه  
كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لانه موضع الوجوب اذا القرض على طريق الحلول واستظهر  
في (جامع المقاصد) انه لو أجل بسبب لازم فوضع الرد مكان الحلول قوله - فلو شرط  
القضاء في بلد اخر جاز سواء كان في جملة مؤنة اولا - للاخبار والاجماع المحكي في (الخلاف) والظاهر  
من التذكرة وعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن تكون المصلحة  
في جانب المقرض أم المقرض اذ المنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو وصفاً وليس هذا من  
ذلك كما مر بيانه ويبقى الكلام في ان ذلك يلزم أم لا بل يجوز لكل منهما المخالفة والذي يقتضيه  
النظر أنه لا يجوز للمقرض المخالفة والمطالبة في غير بلد الشرط لان العقد لازم من طرفه كما عرفت  
فما سلف ويلزمه ما شرطه أو شرط عليه وليس ذلك من التأجيل في شيء وان رجع اليه بالاخرة  
ولا فرق في ذلك بين أن يكون للمقرض مصلحة في ذلك أم لا أو يكون عليه ضرر أم لا وانه يجوز  
للمقرض المخالفة والدفع متى شاء لعدم لزومه من طرفه فيجب على المقرض قبوله وان كان عليه في  
ذلك ضرر لانه أقدم على ذلك وقد قيل مثل ذلك في السلم وستسمع كلام الاصحاب وما اختاره المصنف  
لكن يرد على التحقيق انه قد مر ان المراد باللزوم من طرف المقرض انه لا يجوز له المطالبة بالعين لانه  
لا يجوز له المطالبة بالبدل فليأمل - قوله - ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع  
شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض - وقال في (التذكرة) وجب الدفع ولم يتعرض للمصلحة  
وقد يكون مستشكلا في التذكرة بناء على عود الاشكال في آخر كلامه الى الجميع وقال في (الدروس)  
في المستثنين لم يجب الدفع وان كان الصلاح للدافع واختار فيهما في (جامع المقاصد) وجوب الدفع مالم تختلف  
قيمة المثل وتكون قيمة مكان المطالبة أكثر فانه لا يجب الدفع حينئذ للضرر الا أن يرضى المقرض  
بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقين وقد سلف في أول الباب فيما اذا التجئ المديون الى الحرم انه اختار  
في (المختلف) بوجوب الدفع وقت المطالبة كالنصب وستسمع له كلاما آخر والوجه فيما اختاره المصنف من  
وجوب الدفع اذا طالبه في باد القرض وقد شرط الاداء في غيره وكان للدافع مصلحة ان القرض حال  
والشرط لا يصيره مؤجلا ولا معنى لا طراه الشرط بالكلية فيجب أداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع

ولو دفع في غير بلد الاطلاق او الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (السابع) لو  
 اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانه جاز ولم يجب  
 القبول انا لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (الثامن) لو دفع ما اقترضه  
 ثمانا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين  
 صح البيع (متن)

يتمع شرعا وليس الا الضرر وقد فرض عدمه فالمراد بقوله مع مصلحة المقرض عدم ضرر على المقرض  
 لان مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع وان لم يكن ثم ضرر وبذلك يجمع بين الخمين واما عدم  
 وجوب الدفع اذا لم يكن له مصلحة فلانه ضرر لم يتقصه عقد القرض ولم يلزمه فلا يجب عليه الالتزام  
 به لظاهر لا ضرر ولا ضرار وكذلك الحال فيما اذا طالبه بمال القرض في غير بلد القرض والحال انه لم  
 يشترط أدائه في غير بلد القرض اذ الحكم في المستثنين من واد واحد وفي (المبسوط والتحرير) لو اقترضه  
 في بلد ثم طالبه في بلد آخر لم يجب عليه حمله الى بلد المطالبة ولا يجر على دفعه لان قيمته تختلف ولو  
 طالبه بالقيمة لزم وقد حكى ذلك عن القاضي أيضا في المختلف وقال انه غير جيد. قرب ان القرض  
 كما نصب يجب فيه دفع المثل وقت المطالبة - (في قوله) - (ولو دفع في غير بلد الاطلاق او الشرط  
 وجب القبول مع مصلحة المقرض) استشكل في (التذكرة) ولم يتعرض للمصلحة وانفي في (الدروس)  
 وجوب القبول وان كان المصالح للقائض وفي (التحرير) لو تبرع المقرض بدفع المالى وامنع المقرض  
 كان له ذلك وان لم يكن في حمله مؤنة وحاصل ما اراد المصنف ان الحق لما كان حالا وكان لبلد الاطلاق به  
 الشرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الامرين بانه ان كان على المقرض ضرر كلا حياض الى  
 حمله حيث كان ذامونا او الخوف من الهب ونحوه لم يجب القبول والاوجب وببعض ابدان المستويات  
 المصلحة بعدم الضرر كما مر وقد سمعت ما افوضاه النظر في المتأخرين ثم اني وجدت بعض الفضلاء يفتونه  
 عن بعض المحققين لكذلك قد عرفت ما فيه - (في قوله) - (ولو اقترض نصف دينار فدفع دينارا  
 صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانه جاز ولم يجب القبول) كما في (المبسوط) وجامع الشرائع  
 والتحرير والتذكرة (الدروس) لان الشركة عيب والالتزام بالوديعة تكليف فلا بد من الموافقة  
 فاذا تراضيا كان يذهب الصفتين والكل منهما ان يصرف بصفه ماشا وان اتفق على كسر حر وان  
 اختلفا لم يجر المنع وان اتفقا على ان يكون صفه قضاء ونصفه قرضا او مباح كمال جازا. وكان له  
 التصرف في جميع الدينار وقد فرضت المسئلة في (المبسوط والتذكرة) في نصف دينار مكسور وهو ظاهر  
 التحرير وكلام الدروس مطلق بحيث يشمل النصف المسروب على حده وكذلك الحال في لو  
 اقترض نصف دينار فدفع اليه دينارا تاما كما في (الدروس) - (في قوله) - (لو دفع ما اقترضه ثمانا  
 عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع)  
 آخر مدفعه عنهما وجب القبول (كما في) (التذكرة) (الدروس) وجامع المتأخرين (لان الجموع مستحق  
 له عنده وهذا ظاهر من حيثها اذا كان الصفات قرارة كما هو مفروض في (التذكرة) في خصوص القرض  
 اما لو كان مضر وبين على حده فقد يقال انه لا يجب عليه القبول لانه غير الحق وفي مفروض (التذكرة)  
 ايماء الى ذلك وقد نفى عنه البعد في جامع المتأخرين - (في قوله) - (لو دفع ما اقترضه ثمانا عن  
 سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع)

وعلى المقرض وجه مثل الزيف وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما والمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالمدين كان له فسخ البيع (التاسع) لو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط (العاشر) لو اقترض ذمي من مثله خيرا ثم اسلم احدهما سقط القرض (متن)

كما في (التذكرة والتحرير والدروس) قال في (جامع المقاصد) لانه قد رضي بكون المدفوع ثمنا وان كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر لان ضرر ذلك مع الجهل عليه وقد اندفع بعلمه قوله قوله وعلى المقرض رد مثل الزيف لان القرض صحيح وان كان انما أخذها على انها خالصة لانه انما اقترض هذا المدين ظانا انه خالص فخرج على خلاف ما ظن وذلك لا ينافي صحة القرض نعم لو شرط في عقد القرض كونها خالصة فخرجت زيوفا كان منافيا كما هو الشأن فيما لو اشترى للميب او بالمعيب من الجنس فتدبر قوله وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما والمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض كما في (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) اما الاول فلان البيع انما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع فيصرف اطلاقه الى الخاص فلا يصلح دفعه ثمنا لعدم المطابقة واما الثاني فلانه حق له في يد البايع وله عليه مثله بالقرض فيسوغ له احتسابه عنه قوله ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالزيف كان له فسخ البيع كما في (التذكرة والدروس) وفي (جامع المقاصد) انه بشكل بان الثمن المدين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع ولو خرج بعضه بطل في ذلك الموضع وانت خير من الظاهر ان المراد ان الميب كان من الجنس قوله ولو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط كما في (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) ووافق في (الدروس) في الاول دون الثاني حيث نسبة الى القيل وقال الاقرب العمل بقصده فان المدلول محتمل في العبارتين وفي وصايا الكتاب وتصح مطلقا مثل ان مت ثماني للمساكين ومقيدة مثل ان مت في مرضي هذا او في سفري هذا او سني هذه او بلدي فثلثي للمساكين وواتته الى ذلك في (جامع المقاصد) وقد خالفنا هناك ما هنا الا ان تقول ابراء غير الوصية لانه يعتبر فيه الجزم دونها وفي (حاشية الشهد وجامع المقاصد) ان الفرق بين ان واذا ان اذا ظرف في الاصل وان عرض لها معنى الشرط فكانه قال وقت موتي انت في حل وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا تعلق به فيصح وان حرف وضع للترط فاذا قال ان مت كان مقتضيا للشك في كونه ابراء لان مقتضى تعلق الموت بكامة ان الشك في حصوله ومتى كان المعلق عليه متكوكا فيه فالمعلق بطريق اولي ولا ينسركم الممت بحسب الواقع مقلدنا بالان الاعتبار في المزم وعنده بالصيغة الواقعة ابراء فني لم تكن واقعه على جهة المزم لم تكن صحة نعم قد استدل بعضهم ما اذا كان المعلق عليه واقعا والمدرك او المكل او المانف او البايع عالما بوقوعه كنه له ابرئت ذمتك ان كان اليوم الجمعة اختار ذلك النيد في باب الوفاء وكان المحقق ابي واقعه عليه وفيه تأمل نعم قد استثنى ما اذا كان التمرط مكملا كقوله ان كان هذا الي قد بعته او هذه زوجتي فهي طالق مناد في المباشي في الفرق بين ان واذا ان الشارع في انشاء الوصايا موضع اذ لا ان ومع نقل الشارع لا يثبت والكلام في التبروت قوله ولو اقترض ذمي من مثله خيرا ثم اسلم احدهما سقط القرض كما في (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد)



ولو دفع في غير بلد الاطلاق او الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (السابع) لو  
 اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانه جاز ولم يجب  
 القبول اما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (الثامن) لو دفع ما اقترضه  
 ثمانا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين  
 صح البيع (متن)

ينع شرعا وليس الا الضرر وقد فرض عدمه فلما رد بقوله مع مصلحة المقرض عدم ضرر على المقرض  
 لان مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع وان لم يكن ثم ضرر وبذلك يجمع بين الحقين وأما عدم  
 وجوب الدفع اذا لم يكن له مصلحة فلانه ضرر لم يقتضه عقد القرض ولم يلزمه فلا يجب عليه الالتزام  
 به لظاهر الاضرار ولاصرار وكذلك الحال فيما اذا طالبه بمال الفرض في غير بلد القرض والحال انه لم  
 يشترط أدائه في غير بلد القرض اذ الحكم في المستثنين من واد واحد وفي (المبسوط والتحرير) لو أقرضه  
 في بلد ثم طالبه في بلد آخر لم يجب عليه حمله الى بلد المطالبة ولا يجبر على دفعه لان قيمته تختلف ولو  
 طالبه بالفئة لزم وقد حكى ذلك عن التماضي أيضاً في المختلف وقال انه غير جيد ثم قرب ان القرض  
 كما نصب يجب فيه دفع المنل وقت المطالبة - قوله - ولو دفع في غير بلد الاطلاق أو الشرط  
 وجب القبول مع مصلحة المقرض استشكل في (التذكرة) ولم يتعرض للمصلحة ونفى في (الدروس)  
 وجوب القبول وان كان الصلاح للقبض وفي (التحرير) لو تبرع المقرض بدفع المال وامتنع المقرض  
 كان له ذلك وان لم يكن في حمله مؤنة وحاصل ما أراد المصنف ان الحق لما كان حالاً وكان لبلد الاطلاق وبلد  
 السرط علامة بحوب الدفع فيه جمعنا بين الأمرين بانه ان كان على المقرض ضرر كالاختياج الى  
 حمله حيث كان ذاموئة او الخوف من النهب ونحوه لم يجب القبول والاوجب وينبغي ابدال استراط  
 المصلحة بعدم الضرر كما مر وقد سمعنا ما افحصناه النظري المتأمن ثم اني وجدت بعض الفضلاء ينقله  
 عن بعض المحققين الكك قد عرف ما فيه - قوله - لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا  
 صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه امانة جار ولم يجب القبول كما في (المبسوط وجامع السرائع  
 والتحرير والتذكرة والدروس) لان الشركة عيب والالتزام بالوديعة تكليف فلا بد من المراضاة  
 فاذا تراضيا كان بينهما نصيبين ولكل منهما ان يتصرف بنصفه مناسعا وان اتفقا على كسره جار وان  
 اختلفا لم يجبر الممتنع وان اتفقا على ان يكون نصه قضاء ونصفه نرضا او نسا لم يبيع كان جائزا وكان له  
 التصرف في جميع الدينار وقد فرضت المسئلة في (المبسوط والتذكرة) في نصف دينار مكسور وهو ظاهر  
 التحرير وكلام الدروس مطلق بحيث يشمل النصف المصروب على حده وكذلك الحال فيما لو  
 اقترض نصف عبد فدفع اليه عبداً تاماً كما في الدروس - قوله - أما لو كان له نصف  
 آخر فدفعه عنهما وجب القبول كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لان المجموع مسحق  
 له عنده وهذا ظاهر متجه فيما اذا كان الصنفان قراضه كما هو مفروض في (التذكرة) في خصوص الفرض  
 اما لو كان مصر و بين على حده فقد يقال انه لا يجب عليه القبول لانه غير الحق وفي مفروض (التذكرة)  
 ايماء الى ذلك وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد - قوله - لو دفع ما اقترضه ثمانا عن  
 سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً فان كان المقرض عالماً وكان الشراء بالعين صح البيع

وعلى المقرض رد مثل الزیوف وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالمعين كان له فسخ البيع (التامع) لو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط (العاشر) لو اقترض ذي من مثله خرا ثم اسلم احدهما سقط القرض (متن)

كما في (التذكرة والتحرير والدروس) قال في (جامع المقاصد) لانه قد رضي بكون المدفوع ثمنا وان كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر لان ضرر ذلك مع الجهل عليه وقد اندفع بعلمه قوله ﴿ قوله ﴾ وعلى المقرض رد مثل الزیوف ﴿ لان القرض صحيح وان كان انما أخذها على انها خالصة لانه انما اقترض هذا المعين ظانا انه خالص فخرج على خلاف ما عطن وذلك لا ينافي صحة القرض نعم لو شرط في عقد القرض كونها خالصة فخرجت زيوفا كان منافيا كما هو الشأن فيما لو اشترى المييب او بالمييب من الجنس فتدبر قوله ﴿ وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض ﴾ كما في (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) اما الاول فلان البيع انما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع فينصرف اطلاقه الى الحاصل فلا يصلح دفعه ثمنا لعدم المطابقة واما الثاني فلانه حق له في يد البايع وله عليه مثله بالقرض فيسوغ له احتسابه عنه ﴿ قوله ﴾ ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالزیوف كان له فسخ البيع ﴿ كما في (التذكرة والدروس) وفي (جامع المقاصد) انه يشكل بان الثمن المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع ولو خرج بعضه بطل في ذلك البعض وانت خبير بان الظاهر ان المراد ان المييب كان من الجنس - ﴿ قوله ﴾ ولو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط ﴿ كما في (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) ووافق في (الدروس) في الاول دون الثاني حيث نسبة الى القيل وقال الاقرب العمل بقصده فان المدلول محتمل في العبارتين وفي وصايا الكتاب وتصح مطلقة مثل ان مت فثلثي للمساكين ومقيدة مثل ان مت في مرضي هذا او في سفري هذا او سني هذه او بلدي فثلثي للمساكين وواقفه على ذلك في (جامع المقاصد) فقد خالفنا هناك ما هنا الا ان نقول الا براء غير الوصية لانه يعتبر فيه الحزم دونها وفي (حواشي الشبذ وجامع المقاصد) ان الفرق بين ان واذا ان اذا ظرف في الاصل وان عرض لها معنى السرط فكأنه قال وقت موتي انت في حل وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا تهلبق فيه فيصح وان حرف وضع للشرط فاذا قال ان مت كان مقتضا للشك في كونه ابراء لان مقتضى تعلق الموت بكلمة ان الشك في حصوله ومعنى كان المعلق عليه مستوكا فيه فالمعلق طريق أولى ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به لان الاعبار في الحزم وعدمه بالصيغة الواقعة ابراء فمتى لم تكن واقعه على جبة الحزم لم تكن صحيحة نعم قد استثنى بعضهم ما اذا كان المعلى عليه واقعا والمبزه او الموكل او الواقف او البايع عالما بوقوعه كقوله ابرئت ذمتك ان كان اليوم الجمعة اخذ ذلك الشهيد في باب الوقف وكان المحقق الثاني واقفه عليه وفه تأمل نعم قد استثنى ما اذا كان السرط مكملا كقوله ان كان هذا مالي فقد بعته او هذه زوجتي فبني طالق وزاد في الحواشي في الفرق بين ان واذا ان الشارع في انشاء الوصايا وضع اذا لا ان ومع نقل الشارع لا بحث والكلام في الثبوت - ﴿ قوله ﴾ لو اقترض ذي من مثله خرا ثم اسلم او اسلم احدهما سقط القرض ﴿ كما في (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد)

ولو كان خنزيراً فالقيمة (الحادي عشر) لو دفع المديون اعواضاً على التفريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع لا وقت المحاسبة وان كان مثلياً (متن)

لانه لا يجب على المسلم اداء الخمر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال فلا يجوز للمسلم المطالبة به لكنه قال بعد ذلك في (الدروس) الا قرب لزوم القيمة باسلام الغريم وقد تقدم في باب السلم فيما اذا سلم كافر الى كافر في خمر فاسلم احدهما قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم والمشتري اخذ دراهمه وهو خيرة المصنف (وجامع المقاصد) والسقوط لا الى بدل والقيمة عند مستحليه ويأتي للمصنف في باب الكفالة فيما اذا كان لدي خمر على ذمي وكفله آخر مثله واسلم احد الغريمين ان يبرأ الغريم (الجميع خ ل) على اشكال والمحقق الثاني قال ان اسلم صاحب الحق بطلت الكفالة وحصلت البرائة وان اسلم من عليه الحق بقيت الكفالة فقد اختلف كلامه في الابواب الثلاثة فليرجع الى الكفالة من اراد الوقوف على ذلك قوله ﴿ ولو كان خنزيراً فالقيمة ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) وكذلك الحال في آلة الله وعلى القول بضم المثل فكالاول قوله ﴿ لو دفع المديون اعواضاً على التفريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع ﴾ اي القبض او الاقباض اجماعاً كما في (المسالك والمفاتيح) وفي (الكفاية والرياض والحدائق) نفي الخلاف عنه واليه اشير في النهاية في موضع منها والسرائر وبه صرح في النهاية ايضاً في موضع آخر والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والتبصرة وجامع المقاصد وايضاح النافع والميسية والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها لان جعل المدفوع قضاء يقتضي كونه من جنس الدين فلما لم يكن عند الدفع الذي هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابه على وجه يصير من الجنس وذلك باعتبار قيمته يومئذ سواء كان مثلياً او قيمياً كما به عليه المصنف بقوله وان كان مثلياً ولا فرق في الدين بين ان يكون سلماً ام غيره ولا في المدفوع بين كونه عروضاً او غيرها كما صرح به جماعة وهو ظاهر آخرين واستظهر جماعة كالمليسي والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي والحراساني والكاشاني وهو قضية كلام الباين ان هذه الاعراض تدخل في ملك الغريم بمجرد القبض وان لم يحصل المساعرة قلت وقضية ذلك انه يسقط بارائها من الدين بسعرها ذلك اليوم لانها لم تنتقل اليه مجاناً وانما انتقلت عوضاً فلا بد من سقوط عوضها وذلك ظاهر فيما اذا كان الدين احد التقدين والمدفوع من الاعراض واما اذا كان الدين حنطة والمدفوع قاشاً فالظاهر انها يحسبان بسعر (سرح ل) ذلك اليوم ويشكل فيما اذا كان له عليه دنانير فدفع اليه دراهم ثم انه تغير سعر الدنانير بالزيادة او النقصان فان موتقة اسحق بن عمار المروية في (الفتية والتهذيب) قد تعطي في احد الوجهين انه يحاسبه على الدنانير بسعر اليوم الذي استقرضها فيه المستدين وستسمعه ثم اني وجدت الشهيد في حواشيه يحكي عن شمس الدين انه قال ان المقبوض يدخل في ملك القابض ساعره ام لم يساعره وان لم يقع عليه عقد سواء كان المقبوض مثلياً او غير مثلي عن قيمي او مثلي وتلزم القيمة وقت القبض آن دخوله في ملكه لانه دفعه عوضاً عماله مع تعيين المديون انتهى ويدل على احكام المذكور من الاخبار مارواه الشيخ عن محمد بن الحسن الصفار قال كتبت اليه في رجل كان له على رجل مال فلما حل عليه المال اعطاه به طعاماً او قطناً او زعفراناً ولم يقاطعه على السعر فلما كان بعد شهرين او ثلثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن او نقص باي السعرين يحسبه هل لصاحب

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في البابين معا (متن)

الدين سر يومه الذي اعطاه وحل ماله عليه او السعر الثاني بعد شهرين او ثلثه يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الاعلى حسب سر وقت مادفع الطعام انشاء الله تعالى وروى نحوه في (الكافي) عن محمد ابن يحيى في الصحيح قال كتب محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه السلام الحديث وما يدل على انسحاب الحكم في التقدين لو كان احدهما في ذمته فاعطاه الآخر قضاء عن دينه من غير محاسبة كما اشرفنا اليه مارواه المشايخ المثة رحمهم الله تعالى عن اسحق بن عمار في الموثق قال سئلت ابا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه امال فيقضيني بعضاً دنائير وبعضاً دراهم فاذا جاء يحاسبني ليوفيني يكون قد تغير سعر الدنائير اي السعرين احسب له الذي كان يوم اعطاني الدنائير او سعر يومي الذي احاسبه فقال سر يوم اعطاك الدنائير لانك حبست عنه منفعتها ولعل قوله عليه السلام حبست عنه منفعتها كناية عن انتقالها الى القابض وزوال ملك الدافع عنها لا انتفاع له بها بالكلية لخروجها عن ملكه وبه يحصل حبس منفعتها عنه واذا انتقلت الى ملك القابض سقط بازائها من تلك الدراهم بما قابلها بصرف ذلك اليوم فالل في الخبر عبارة عن الدراهم ومارواه في (التهذيب) عن يوسف ابن ايوب عن شريك بن ابراهيم بن ميمون عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنائير ولا يصارقه فتصير الدنائير بزيادة او نقصان قال له سر يوم اعطاه ونحوه خبر عتبة بن عبد الملك الهاشمي وموثقه ابراهيم بن عبد الحميد وموثقه اسحق ابن عمار الاخرى وفي دلالة الاخيرة نوع خفاء وذلك لان الخبر هكذا قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يكون له على الرجل الدنائير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال فهي على السعر الذي أخذها منه يومئذ وان أخذ دنائير فليس له دراهم عنده فدنائيره عليه يأخذها برأسها متى شاء يقول الراوي ثم تغير السعر ظاهره انه تغير سعر الدراهم فيوافق الاخبار الاخر ويكون معناه انه أخذ الدراهم أولاً مكن دنائيره ثم أخذ دنائير ثانياً بعد ذلك فليس للمعطي أن يجعلها في مقابلة دنائيره التي كانت له عليه أولاً ويطلب منه دراهمه اذ لا دراهم له عليه حينئذ بل ليس له الا دنائيره التي أعطاها ثانياً يأخذها متى شاء وان كان المراد انه تغير سعر الدنائير جاء الاشكال الذي ذكرناه آنفاً وكان الخبر مخالفاً للاخبار الاخر وكلام الاصحاب عند امان النظر وقد يؤول حينئذ لان تغير سعر الدنائير يستلزم تغير سعر الدراهم فليتأمل في المقام جيداً قوله ﴿ ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في البابين معا ﴾ الحكم في ذلك ظاهر كما تقدم غير مرة وقد دلت موثقة اسحق بن عمار الاخيرة على الحكم في المثلي كما عرفت وانما الكلام في قوله في البابين فقد قال الشهيد في حواشيه (قيل) ان المراد بالبابين القرض والقضاء أما في القضاء فظاهر وأما في القرض فلا يجابه في القيمي القيمة يوم القرض وكلامه في القضاء دال على أن القيمي سواء كان من جنس الحق أو من غيره تعتبر قيمته يوم الدفع أيضاً لاطلاقه ذلك وقوله وان كان مثلياً فانه يعرف منه القيمي بطريق أولى وصرح به في الدفع قرضاً لتساوي الدفيعين بالنسبة الى القيمي انتهى (وفيه) أولاً أنه تكرر وثانياً ان هذا الحكم في المدفوع قضاء لا يختص بما اذا كان قيمياً وقال الشهيد وليس المراد بالبابين المثلي والقيمي لان المثلي في القرض لا التفت الى قيمته الا عند تعذر المثلي وهو غير مختص بحالة الدفع بل

(الثاني عشر) يجوز بيع الدين بعد حلوله على التبريم وغيره بحاضر او مضمون حال لا بمؤجل (الثالث عشر) لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً او ثمناً او قرضاً او غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب اخذه وان اتقى الضرر بأخذه ومع الحلول يجب قبضه فان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول ويرأ هو من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال او مؤجل فحل فامتنع صاحبه من اخذه ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فلا قرب ان هلاكه منه لامن المديون (متن)

أي وقت نذر قال ويحتمل أن يكون المراد بالبابين الدفع من جنس الدين ومن غير جنسه على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضاً من جنس القرض الاول أم من غيره وفي (جامع المقاصد) ان هذا الوجه وقال الشهيد ويتصور في القرض صور أربع (الاولى) ما اذا دفع مثلياً من الجنس فله المثل ويتهاثران ان وافق الدفع الحلول (الثانية) ما اذا دفع مثلياً من غير الجنس فله المثل ولا تهاثر (الثالثة) ما اذا دفع قياً من جنس الحق كما اذا أسلم في جارية فدفع اليه جارية قرضاً بصفات السلم فله القيمة أيضاً يوم القرض (الرابعة) ما اذا دفع قياً من غير الجنس فله القيمة أيضاً ولا تهاثر والصور الاربع آتية في الدفع قضاء وفي الكحل يعبر القيمة يوم القبض ﴿ قوله ﴾ يجوز بيع الدين بعد حلوله على التبريم وغيره بحاضر او مضمون حال لا بمؤجل) هذا تقدم الكلام فيه صراحة اقربها عند شرح قوله في أواخر المطلب الاول من مطلبي الدين ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره واحترز بالحلول عما قبله فلا يصح قبله عنده وقد سلف لنا أن الاصح الصحة قبله وان منعناها في السلم وأراد بقوله وغيره الرد على ابي ومافي الذمة يعبر عنه بالمضمون واحترز بقوله لا بمؤجل عن بيعه به لصدق اسم الدين عليه وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد كما بيناه فيما سلف وقد أوضحنا الفرق بينه وبين المضمون الحال وحكى الشهيد في حواشيه قولين فيما اذا باعه مافي ذمته بسبي آخر في ذمته مؤجلاً الصحة لازماً في الذمة مقبوض ونسبه إلى الفخر وأبي القاسم وقواه والبطلان لانه عين بيع الدين بالدين وقد استوفينا الكلام في ذلك الصنف عند شرح قوله ولو كان له عليه دنانير فامرءه أن يحولها دراهم ﴿ قوله ﴾ لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً أو ثمناً أو قرضاً أو غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب أخذه وان اتقى الضرر ياخذه ومع الحلول يجب قبضه وان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول وهو يبرأ من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال او مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه ولو نذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فلا قرب ان هلاكه منه لامن المديون ﴿ هذه الاحكام قد تذكر في المقام وقد تذكر في السلم والاكترون ذكرها في التسيئة وقد تعرض المصنف لبعضها في موضعين من باب السلم وتكلمنا هناك بما اقتضاه المقام وتسام الكلام في هذه الاحكام ان يقال لا ريب انه لا يجب دفع المؤجل قبل حلوله كما طفحت بذلك عباراتهم في مقامات شتى تمسكاً بالاصل والتغافل الى لزوم العمل بمقتضى الشرط وقد حكي في (التذكرة) الاجماع على انه ليس للمشتري المطالبة بالمسلم فيه قبل الأجل ولا قائل بالفصل بل الاجماع معلوم في التسيئة كما ادعاه شيخنا صاحب الرياض وفي قول المصنف سواء كان ديناً أو ثمناً

او قرضاً او غيرها نظراً لانه يظهر منه ان الدين مبين للقرض والتمن وقد عرفت حقيقة الحال في اول الباب وان القرض والتمن يعدان ديناً وقوله او غيرها يقتضي مغايرة الدين للحقوق الثابتة بما سوى هذه الامور كالاتلاف والنذر ونحو ذلك فتأمل وأما انه ان تبرع بالحق المؤجل الذي عليه سواء كان من الدين أو الثمن في النسبة أو المبيع في السلم قبل الاجل لم يجب أخذه ولا قبضه فما لا أجد فيه خلافاً وقد صرح بذلك على منوال هذا العنوان في الوسيلة وكذا المراسم والمنفعة وصرح بذلك في بيع النسبة في النهاية وغيرها وقد نفي عنه البعد في مجمع البرهان واستظهره صاحب الكفاية وفي (الرياض) الاجماع عليه وصرح به في باب السلم جماعة وفي (التحرير) سواء كان عليه ضرر أو خوف أو مؤنة أم لا وقال في (مجمع البرهان) قد يتخيل وجوب القبض لان الأجل لرعاية حال المشتري والترفة له لا لأجل البائع ولهذا يزداد الثمن فاذا حصل الثمن الزائد للبائع تقداً فهو غاية مطلوبه ولان الظاهر أن الحق ثابت والأخذ مع دفع صاحبه عندهم واجب عقلاً وتقالاً وقد أفاد الأجل عدم وجوب الدفع لا عدم وجوب الأخذ (وفيه) ان امتنع (أولاً) استلزام انحصار فائدته في ذلك بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفة الاصل السالم عن المعارض من نص أو اجماع لا اختصاصه بغير صورة القرض (وثانياً) يمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البائع بتأخير القبض الى الأجل فان الاغراض لا تنضب كما يأتي التنبيه على ذلك في الفرع الرابع عشر وأما انه مع الحلول يجب قبضه فهو صريح المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والمنافع والتحرير والتذكرة والكتات فيما سلف والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وغيرها ذكرنا ذلك في مقامات شتى وهو أي وجوب القبض قضية كلام المنفعة والنهاية والمراسم والحكم مما لا ريب فيه وفي (الرياض) الاجماع عليه ومعنى وجوبه عليه انه يأثم بتركه كما صرح به في (الدروس) ولا فرق في الحلول بين ما كان حالاً في الاصل أو مؤجلاً وحل الأجل كما صرحوا به ولا فرق بين أن يكون في قبضه ضرر أم لا كما في التحرير وهو قضية اطلاق كلام غيره واما انه ان امتنع دفعه الى الحاكم ان امكن فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس واللمعة والمسالك الروضة ومجمع البرهان والكفاية وغيرها على اختلاف لهم في التعبير عن ذلك ففي بعضها قبضه الحاكم او النائب عنه كالمبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة والدروس في موضع منه وفي بعضها قبضه الحاكم ان سأل البائع كالشرائع والكتاب في باب السلف وفي بعضها وجب دفعه الى الحاكم ان أمكن كالمختلف والدروس في موضع آخر منه وهو ظاهر جماعة كالمصنف هنا وغيره حيث يقولون دفعه الى الحاكم كالكتاب فليتأمل وفي (الكفاية) جاز الدفع الى الحاكم ووجب في (السرائر) على الحاكم القبض ومنع من اجباره المستحق على قبضه أو ابرائه وهو ظاهر المبسوط في الاول وصرح في الثاني واستبعد ما في السرائر في الامرين صاحب الدروس وقد حكم بهما في حواشيه على الكتاب فقال ليس له اجباره على القبض والابراء وحكى في (المختلف) عن أبي علي انه يجبره على الاخذ وحكى في سلم جامع المقاصد قولاً بانه انما يقبضه الحاكم اذا سئل البائع اذا أجبر المسلم على القبض ولم يقبض ثم استظهر ان له أن يقبضه وان لم يجبره على قبضه اذا امتنع وانه لو لم يسئله لا يجب عليه قبضه وانه يجوز له ذلك وان لم يسئله لانه نائب مناب المالك وانه ليس له اجباره ان لم يسئله المالك لان يده يد رضي بها المشتري ولم يصدر منه ما ينافيه (قلت) وعلى ما استظهره يمكن تنزيل اطلاق كلام الاصحاب فتحتم

الكلمة ويبقى الكلام في كلام من أوجب دفعه الى الحاكم بعد امتناعه من قبضه من أول مرة لعدم  
الدليل عليه وحيث أنه تأخير دفعه والتصرف فيه حيث يكون كلياً كما هو المفروض الى أن يطالبه المالك  
أو من يقوّم مقامه ولعله الى ذلك أشار في (الكفاية) بقوله جاز كما سمعت الا أن الايصال اليه أحوط  
مسارعة الى ابراء الذمة وخروجها عن خلاف فتوى من عرفت وكيف كان فاذا قبضه الحاكم وجوبا  
أو جوازا كان من ضمان صاحبه من غير خلاف يعرف وأما اذا لم يدفعه الى الحاكم مع امكان  
الوصول اليه بلا مشقة بالغة فانه يكون من ضمان المدين وأستندوا في ذلك كله الى أن فيه اقتصارا فيما  
خالف الاصل الدال على عدم تعيين الدين حيث كان كلياً لا يقبض صاحبه أو من يحكمه على محل  
الوفاق والتفاتا الى اندفاع الضرر عن المدين بالدفع الى الحاكم فلو قصر كان كالمفروض من حيث يمكنه  
من دفعه الى مستحقه أو نائبه فيكون من ماله وقد خالف على الظاهر في ذلك جماعة منهم الشيخ في  
النهاية فقال ما حاصله انه ان حل الأجل وامتنع من قبضه مع تمكنه وتعيينه ثم هلك كان من مال البائع  
ان كان ثمنا ونحوه ما في المراسم والوسيلة والنافع من دون أن يخصوه بصورة عدم التمكن من  
الحاكم يدفع اليه وهو المحكي عن المفيد والقاضي وعبارة المقنعة التي عندي غير تقيّة في المقام من  
الغلط لكن الظاهر منها ذلك ويناسبه ما حكاه عن أبي الصلاح في المختلف وقد ينزل كلامهم على  
صورة عدم التمكن من الحاكم وقد يكون نظرهم الى أن الاصل عدم وجوب الدفع الى الحاكم الذي هو  
وكيل مع وجود الموكل وامكان تسليمه له بالاتيان به اليه وطرحه بين يديه كما هو ظاهر الوسيلة بل والنهاية واليه  
مال المولى الاردبيلي والخراساني من دون اعتبار الاتيان به وطرحه عنده بل اكتفينا بتعيينه وتمكينه منه وبذلك  
صرح جماعة في باب الكفالة وحيث يقبضه الحاكم فجماعة على انه يخلي بينه وبينه ويبرأ الحاكم منه  
وآخرون انه يجعله في بيت المال فيحفظه على صاحبه وليس هناك من مخللة فلا اختلاف وقد  
عرفت أن كلامهم في هذه المقامات قد جمعناه من أبواب شتى كاسلم والنسيئة ولدين وغير ذلك اذ  
المدار في الكل على التأجيل والحلول في الحقوق مع مساواة المدفوع للحق في الجنس والقدر والوصف  
كما نبه على ذلك في (الوسيلة والمراسم والتذكرة والارشاد والدروس والمعة وجامع المقاصد ولروضه  
وجمع البرهان والكفاية) وغيرها حيث يعمرون بالحق أو بقولون وكذا كل من عليه حق حال أو مؤجل  
يحل كما في الكتاب وحيث يقولون انما يجب القبض في الحال اذا ساوى المدفوع الدين جنسا ووصفا  
بقدره فلو فقد أحد الثلاثة لم يجب القبض قطعا وقضية قول المصنف وكذا البائع سلما الى آخره ن حكم  
البائع سلما لم يندرج في عموم ما سبق وليس كذلك لاندرجه في عموم المؤجل ولعل ذكره امكان  
الاهتمام بشأته واما انه لو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فانه يكون هلاكه منه لاس المدين  
فقد صرح به الشهيدان والمحقق الثاني والمولى الاردبيلي والخراساني وغيرهم لان في الحكم يكون هلاكه  
من المدين ضررا عظيما ولان الممتنع من أخذه مع امكانه يكون مضيعا له ولانه يجب قبول المدفوع سلما  
(سايماخل) ولا نعني بالتعيين الا ذلك ولا فرق في ذلك بين ما اذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به  
وبين ما اذا أتاه به وطرحه عنده نعم يجب حفظه بمجرى (لمجرى خل) العادة في الصورة الاولى دون الثانية  
وان كان قضية كلام الاصحاب عدم وجوب الحفظ في صورتين حيث أطلقوا في الضمان عندهما للاضرار  
ولو وجب الحفظ لبقى الضرر المحذور ولزم الضمان بالقصير فيه والمتجه ما قلناه وهو الذي استوجهه المحقق  
الثاني ويمكن تنزيل اطلاقهم عليه ويأتي عن الدروس ما يشهد عليه وفي حواشي الشهيد ان المقول انه

(الرابع عشر) لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال (متن)

مع تعذر الحاكم يشهد شاهدين على انه دفع اليه دينه فامتنع من قبضه فاذا تلف من غير تفريط كان من مال صاحب الدين انتهى ولعل الغرض من اعتبار اشهاد الشاهدين اثبات الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكرها المدين لا لتحقق ذلك في نفس الامر واعتبر المولى الاردبيلي والحراساني أن يجمعه في مكان يسهل عليه أخذه منه ويرفع يده عنه ووجه غير الاقرب ان الدين انما يتعين بقبض المالك أو من يقوم مقامه ومن ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض وكأنه مال اليه في (الايضاح) ورد بأن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون فاذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره حذرا من لزوم الضرر ومن ثم يجوز أخذ الدين اذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الاداء وتعذر الحاكم ويكون تعيين المالك كافيا وهل ينسحب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك فلا يتلف منهما معا وكذا لو تسلط الظالم بنفسه فأخذ قدر نصيب الشريك قال (في جامع المقاصد) لم أجد للاصحاب فيه نصري بما بنى ولا اثبات مع ان الضرر قائم هنا أيضا والمتجه عدم الانسحاب انتهى وهو كذلك لان التسمية لا تصح الا باتفاق الشركاء وتتمام الكلام في باب القضاء هذا ومقتضى كلامهم أن المشتري اذا لم يطرحه عنده بل عرضه عليه وهو عنده وامتنع أنه يقيه بيده ميمزا على وجه الامانة وبنيني مع ذلك أن لا يجوز له الصرف فيه وأن يكون نمائه للممتنع وزكوته عليه وان لا يشاركه الا بالدين لو حجر على المديون المفلس بعد ذلك قبل القبض وظاهر الايضاح أن الاصحاب لا يقولون بذلك وقد قال في (الدروس) ان للمشتري التصرف فيه وقد عرفت آفا انه حكم فيه بالضمان فيما نحن فيه ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه من البائع عقوبة والا لزم ضمان مال الغير لذي في يده ما لكة بلا جناية ولا يد وهو مستحيل فليتأمل وفي جواز المرافعة الى حكام الجور عند تعذر الوصول الى احق او تسره اشكال كما في (الكفاية) ونحوه ما في (مجمع البرهان) لمكان الاخبار الكتيرة الناهية عن ذلك وأنت خير بأن الظاهر كما ذهب اليه جملة من أصحابنا كما قيل اختصاص تحريم الترافع اليهم بوجود الحاكم الشرعي كما هو ظاهر جملة من اخبار المسئلة وبعضها وان كان مطلقا الا انه يجعل على المقيد فتأمل ثم ان ظاهر الاخبار المشار اليها المنع من الترافع في اثبات الحق بالينة او اليمين دون مجرد الاستمانه بهم على اخذه مع ثبوته وعدم انكار الخصم ذلك كما هو محل البحث فلتلحظ الاخبار في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال ﴾ قد عرفت ان لزوم الاجل في الدين انما يكون لثبوته بالمقد اللازم كما اذا باعه نسيئة أو لجملة أي الاجل شرطا في عقد لازم بناء على المشهور كما عرفت في اول الباب أو يكون بنذر وشبهه فان كان الاول فلا ريب في عدم سقوطه لانه قد ثبت بالعقد اللازم كما هو المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط ولان في الاجل حقا لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الاجل نعم لو تقايلا في الاجل سقط واما الثاني فقد عرفت ان فيه احتمالين اللزوم من الحائنين او من جانب واحد فالامر بيد المشتري ونفع الشرط له وقد استوفينا الكلام في ذلك وان كان الثالث فكلا أول



الكلمة ويبقى الكلام في كلام من أوجب دفعه الى الحاكم بعد امتناعه من قبضه من أول مرة لعدم  
 الدليل عليه وحينئذ فله تأخير دفعه والتصرف فيه حيث يكون كليا كما هو المفروض الى أن يطالبه المالك  
 أو من يقوم مقامه ولعله الى ذلك أشار في (الكفاية) بقوله جاز كما سمعت الا أن الايصال اليه أحوط  
 مسارعة الى ابراء الذمة وخروجا عن خلاف فتوى من عرفت وكيف كان فاذا قبضه الحاكم وجوبا  
 أو جوازا كان من ضمان صاحبه من غير خلاف يعرف وأما اذا لم يدفعه الى الحاكم مع امكان  
 الوصول اليه بلا مشقة بالغة فانه يكون من ضمان المدين وأستندوا في ذلك كله الى أن فيه اقتصارا فيما  
 خالف الاصل الدال على عدم تعيين الدين حيث كان كليا لا قبض صاحبه أو من بحكمه على محل  
 الوفاق والتفاتا الى اندفاع الضرر عن المدين بالدفع الى الحاكم فلو قصر كان كالمفروض من حيث يمكنه  
 من دفعه الى مستحقه أو نائبه فيكون من ماله وقد خالف على الظاهر في ذلك جماعة منهم الشيخ في  
 النهاية فقال ما حاصله انه ان حل الأجل وامتنع من قبضه مع تمكنه وتعيينه ثم هلك كان من مال البائع  
 ان كان ثمنا ونحوه ما في المراسم والوسيلة والنافع من دون أن يخصصه بصورة عدم التمكن من  
 الحاكم يدفع اليه وهو المحكي عن المفيد والقاضي وعبرة المقنعة التي عندي غير تقية في المقام من  
 الغلط لكن الظاهر منها ذلك ويناسبه ما حكاه عن أبي الصلاح في المختلف وقد ينزل كلامهم على  
 صورة عدم التمكن من الحاكم وقد يكون نظرهم الى أن الاصل عدم وجوب الدفع الى الحاكم الذي هو  
 وكيل مع وجود الموكل وامكان تسليمه له بالاتيان به اليه وطرحه بين يديه كما هو ظاهر الوسيلة بل والنهاية واليه  
 مال المولى الاردبيلي والخراساني من دون اعتبار الاتيان به وطرحه عنده بل اكتفينا بتعيينه وتمكينه منه وبذلك  
 صرح جماعة في باب الكفالة وحيث يقبضه الحاكم فجماعة على انه يخلي بينه وبينه ويبرأ الحاكم منه  
 وآخرون انه يجعله في بيت المال فيحفظه على صاحبه وليس هناك من مخلة فلا اختلاف وقد  
 عرفت أن كلامهم في هذه المقامات قد جمعناه من أبواب سقى كاسلم والنسيئة ولدين وغير ذلك اد  
 المدار في الكل على التأجيل والحلول في الحقوق مع مساواة المدفوع للحق في الجنس والقدر والوصف  
 كما نبه على ذلك في (الوسيلة والمراسم والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وحامع المقاصد و لروضة  
 وجمع الرهان والكفاية) وغيرها حيث يعبرون بالحق أو بقولون وكذا كل من عليه حق حال أو موثحل  
 خل كما في الكتاب وحيث يقولون انما يجب الفبض في الحال اذا ساوى المدفوع الدين حنسا ووصفا  
 متدرا فلو فقد أحد الثلاثة لم يجب القرض قطعا وقضية قول المصنف وكذا البائع سلما الى آخره من حكم  
 البائع سلما لم يدارح في عموم ما سبق وليس كذلك لاندراجه في عموم الموثحل ولعل ذكره لمكان  
 الاهتمام اشانه واما انه لو نذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فانه يكون هلاكه منه لامن المدين  
 وقد صرح به الشهيدان والمحقق الثاني والمولى الاردبيلي والخراساني وغيرهم لان في الحكم يكون هلاكا  
 من المدين ضررا عظيما ولان الممتنع من أخذه مع امكانه يكون مضيعا له ولان يجب قبول المدفوع سلما  
 (سليماخل) ولا يعني بالتعيين الا ذلك ولا فرق في ذلك بين ما اذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به  
 وبين ما اذا أتاه به وطرحه عنده نعم يجب حفظه بمجرى (لمجرى خل) العادة في الصورة الاولى دون الثانية  
 وان كان قضية كلام الاصحاب عدم وجوب الحفظ في صورتين حيث أطلقوا في الضمان عنه دوما للصرر  
 ولو وجب الحفظ لبقى الضرر المخدور وللزم الضمان بالتقصير فيه والاتجاه ما قلناه وهو الذي اسنوحه المحقق  
 الثاني ويمكن تنزيل اطلاقهم عليه ويأتي عن الدروس ما يشهد عليه وفي حواشي الشهيد ان المقول انه

(الرابع عشر) لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال (متن)

مع تعذر الحاكم يشهد شاهدين على انه دفع اليه دينه فامتنع من قبضه فاذا تلف من غير تفريط كان من مال صاحب الدين انتهى ولعل الغرض من اعتبار اشهاد الشاهدين اثبات الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أسكرها المدين لالتحق ذلك في نفس الامر واعتبر المولى الاردبيلي والخراساني أن يجعله في مكان يسهل عليه أخذه منه ويرفع يده عنه ووجه غير الاقرب ان الدين انما يتعين بقبض المالك أو من يقوم مقامه ومن ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض وكأنه مال اليه في (الايضاح) ورد بأن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون فاذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره حذرا من لزوم الضرر ومن ثم يجوز أخذ الدين اذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الاداء وتعذر الحاكم ويكون تعيين المالك كافيا وهل ينسحب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك فلا يتلف منها معا وكذا لو تسلط الظالم بنفسه فأخذ قدر نصيب الشريك قال (في جامع المقاصد) لم أجد للاصحاب فيه تصرحا بنفي ولا اثبات مع ان الضرر قائم هنا أيضا والمتجه عدم الانسحاب انتهى وهو كذلك لان التسمية لا تصح الا باتفاق الشركاء وتتمام الكلام في باب القضاء هذا ومقتضى كلامهم أن المشتري اذا لم يطرحه عنده بل عرضه عليه وهو عنده وامتنع أنه يبقيه بيده ميمزا على وجه الامانة وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه وأن يكون نمائه للممتنع وركوته عليه وان لا يساركة الديار او حجر على المديون المفلس بعد ذلك قبل الفبض وظاهر الايضاح أن الاصحاب لا يقولون بذلك وقد قال في (الدروس) ان للمشتري التصرف فيه وقد عرفت آفا انه حكم فيه بالضمان فيما نحن فيه ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه من البائع عقوبة والا لزم ضمان ما العير لدي في يد مالكه بلا جناية ولا يد وهو مستحيل فليتأمل وفي جواز المرافعة الى حكام الحور عند تعذر الوصول الى احق او تسره اشكال كما في (الكفاية) ونحوه ما في (مجمع البرهان) لكان الاخبار الكثرية الناهية عن ذلك وأنت خبير بأن الظاهر كما ذهب اليه جملة من اصحابنا كما قيل اختصاص تحريم الترافع اليهم بوجود الحاكم الشرعي كما هو ظاهر جملة من اخبار المسئلة وبعضها وان كان مطلقا الا انه يجعل على المقصد فتأمل ثم ان ظاهر الاخبار المشار اليها المنع من الترافع في اثبات الحق بالبيبة او اليمين دون مجرد الاستمانه بهم على اخذه مع ثبوته وعدم انكار الخصم ذلك كما هو محل البحث فلتلحظ الاخبار في المقام قوله ﴿ ولو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال ﴾ قد عرفت ان لزوم الاجل في الدين انما يكون لثبوته بالمعقد اللازم كما ادا باعه نيئة أو لجملة أي الاجل شرطا في عقد لازم بناء على المشهور كما عرفت في اول الباب أو يكون بنذر وشبهه فان كان الاول فلا ريب في عدم سقوطه لانه قد ثبت بالمعقد اللازم كما هو المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط ولان في الاجل حقا لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الاجل نعم لو تقايلا في الاجل سقط واما الثاني فقد عرفت ان فيه احتمالين اللزوم من الخابيين او من جاب واحد فالامر بيد المشتري ورفع الشرط له وقد استوفينا الكلام في ذلك وان كان الثالث فكلاؤل

(الخامس عشر) لو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الأولى فان تعذرت قيمتها وقت التعذر ويحتمل وقت القرض من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد (متن)

ويزيد عليه انه لا يسقط بالتقابل لانه انما يكون في العقود لافي النذور ﴿ قوله ﴾ ولو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى ﴿ قد عرفت مما مر انه لو اقترض دراهم وجب عليه رد مثلها في الوزن والصفة ولا بردها بسكة مخلفة لسكة القرض فلو اسقط السلطان تلك الدراهم وجاء بغيرها لم يكن له الا الدراهم الاولى كما هو خيرة الشيخ في النهاية والقاضي علي ماحكي عنهما وابن ادريس وسبطه وصاحب جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وفي الاخير انه اشهر وفي (المفاتيح) انه مذهب الاكثر لانها من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالمثل وللصحيحين الصريحين في ذلك احدهما عن يونس في مكاتبة الرضا عليه السلام والمخالف الصدوق في المنع قال وان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت فلا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم الدراهم التي تجوز بين الناس وقال في (الغاية) كان شيخنا محمد بن الحسن يروي حديثا في ان له الدراهم التي تجوز بين الناس ذكر ذلك عقيب رواية يونس عن مولانا الرضا عليه السلام (قلت) لعل الحديث الذي رواه شيخه هو ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن يونس في الصحيح في الكافي على الصحيح فيما يرويه العبيدي عن يونس وفي ابراهيم بن هاشم (واما التهذيب) ففي طريقه سهل فان فيه لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس وحكي عن ابي علي انه قال ولا تختار للمستقرض الا ان يعطي ما ينفق بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس وقد جمع الشيخ بين الاخبار بحمل ما ينفق بين الناس في الخبر الاخير على معنى قيمة ما كان ينفق بين الناس وكذلك اول الدراهم الاولى في الاولين بقيمة الدراهم الاولى دفعا للتناهي قال لانه لا يجوز ان تسقط الدراهم الأولى حتى لا تكاد تؤخذ اصلا فلا يلزمه اخذها وهو لا ينتفع بها وانما له قيمة الدراهم الأولى وليس له المطالبة بالدراهم التي تكون في الحال انتهى وهو كما ترى واعد منه جمع الصدوق في الغاية ومثله حمل بعض متأخري المتأخرين الرواية الاخيرة على مهر الزوجة او ثمن المبيع فان فيه مع خروجه عن الطاهر ان حكم هذين يرجع بالآخرة الى حكم القرض ﴿ قوله ﴾ (فان تعذرت قيمتها وقت التعذر) ﴿ هذا مختار (التذكرة) في المقام وقد حكي فيه عن النهاية والقاضي والسرائر وقد تقدم الكلام فيها اذا تعذر المتل في المتلي وان المختار والاصح وجوب القيمة يوم المطالبة كما حكيناها هناك عن جماعة وقد اختاره هنا الشهيد في (الدروس) والحقق الثاني والحاصل أنا قد استوفينا الكلام فيما سلف وتعرضنا للكلام في المقام والقول فيما نحن فيه بالوجوب وقت القرض موافق للنظر ولخبر نفي الضرر وقد حكي عن الشيخ في المقام وعن السرائر في مقام آخر ولم اظفر به في كلاميهما فيما نحن فيه وكأنه مال اليه اوقال به في التحرير في المقام وفيما سلف قال بوقت التعذر ﴿ قوله ﴾ (من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد) ﴿ كما صرح به في (السرائر) والتذكرة والمختلف والدروس وجامع المقاصد) وهو قضية كلام الباقر لانه اذا ابطال رواجها من حيث كونها دراهم لم يبق الاعتبار النقدي وهو أنقص باعتبار ان للسكة اعتبارا فتزيد بها القيمة وأما مع المساواة في الوزن فلا بأس

وكذا لو جعل قيمتها اقل ولو ضارب فالاقرب ان رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح ولو سقطت او نقصت بعد البيع لم يكن للبائع الا التقيد الاول ولو تعامل بعد النقص والعلم فلا خيار وان كان قبل العلم فالاقرب ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا في بلد السلطان او غيره (المقصد الثاني في الرهن) وهو وثيقة لدين المرهن وأركانه أربعة الصيغة والمحل والمعاقد والحق فهنا فصول (متن)

والجار متعلق بمحذوف على انه حال من قيمتها أو صفة لها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو جعل قيمتها اقل ﴾ أي لو جعل السلطان قيمتها اقل كان الحكم فيه كما في اسقاطها فع التذرع يأخذ القيمة من غير الجنس حذرا من الربا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضارب فالاقرب ان رأس المال الدراهم الساقطة ﴾ وجه القرب كما في (الايضاح وجامع المقاصد) انها رأس المال فكيف يتصور المطالبة بغيرها كما لو دفع فضة فانه ليس له المطالبة بذهب ولانه نقص لم يحصل من التجارة أي البيع والشراء وانما حصل من السلطان والمضاربة انما انعقدت بالنسبة اليها والاصل بقاء ما كان ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع احتمال جبر النقص بالربح ﴾ ووجهه انه نقص حصل بعد دورانه في التجارة وضعف بأن رأس المال بحاله والنقص الذي يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال ولم يحصل فان نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصا في رأس المال وهو ظاهر وكأنه متأمل في (التذكرة) ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع الا التقيد الاول ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لوجوب حمل العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو تعامل بعد النقص والعلم فلا خيار ﴾ كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمراد بعد علم البائع لانه هو الذي يدخل عليه الضرر حينئذ وأما المشتري فلا ضرر عليه لولم يعلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره ﴾ ثبوت الخيار للبائع حينئذ خيرة (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لانه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو نقص المالمية لانه اما عيب او كالعيب ولم تفرق الامر بينهما كما في (الايضاح) ووجه العدم انه ما زادت فيه صفة ولا نقصت منه صفة هي زيادة أو تقيصة عن المجري الطبيعي فلا يكون عيبا وقد وقع عليه العقد وضعف بان المراد بالزيادة والتقيصة باعتبار الغالب ولهذا يمد كون الضيعة منزل الجيوش عيبا مع عدم نقصان منها ولا زيادة وهذا المعنى ثابت هنا لانه صار ناقصا باعتبار العرف الغالب ويستوي في ذلك بلد السلطان وغيره اذ لا اتر لتفاوت البلدان يكون الامر في ذلك متفاوتا بالظهور لخفاء

﴿ المقصد الثاني في الرهن وهو وثيقة لدين المرتهن ﴾

الرهن اما مصدر او اسم الشيء المرهون والتالي يجمع على رهان كسهم وسهام وقال ابو عمر ورهن ايضاً جمع وقال الاخفش هي قبيحة لانه لا يجمع فعل على فعل الا قليلا كسقف وسقف بل هو جمع الجمع اي رهان وقد طمحت عباراتهم بانه لغة التيات والدوام وان اللغة الغلبة رهن واما ارهن ففي (المبسوط والسراير والتحرير) قد قيل انها لغة وفي (التمهيد) انها لغة قليلة وفي (المهذب البارع) لا يقال ارهن وفي (القاموس) رهن وارهن بمعنى ونحوه ما في الصحاح والمصباح المنير وقال في (المسالك) ويطلق على الحبس باي سبب كان قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) اي محبوسة واخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى النسب (قلت) وبهذا المعنى صرح في (المصباح المنير) وقد يظن من

(المبسوط وقته الراوندي والغنية والسرائر والتحرير والدروس وحواشي الكتاب والتشريح وكنز العرفان والمهذب البارغ وايضاح النافع والمسالك) انه حقيقة شرعية حيث قيل في المبسوط والسرائر وفي (الشرعية) اسم لجعل المال وثيقة الى اخره وفي (فقه الراوندي) انه في الشريعة اسم لما يجعل وثيقة وفي (الغنية) انه في الشريعة عبارة عن جعل العين وثيقة في دين الى آخره وفي (التحرير والمهذب البارغ) انه في الشرع عبارة عن المال الذي يجعل وثيقة وفي (الدروس والحواشي والتشريح وكنز العرفان وايضاح النافع والمسالك) انه شرعا وثيقة وظاهرهم ان المراد انه كذلك في لسان الشارع ولا مانع منه ان لم يثبت انه في اللغة لما جعلوه معنى شرعيا له من المصدر او اسم المصدر او المال لكن في (الصحاح) انه اي الرهن معروف ومثله ما في نهاية ابن الاثير في اثناء كلام له وفي (المصباح المنير) رهته المتاع بالدين حبسته به فهو مرهون وفي (القاموس) الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك فكان ذلك ثابتا في اللغة ولا ريب انهم كانوا يتدانيون ويرهنون فلم تتحقق فيه الحقيقة الشرعية لان معيارها أن يستعمل الشارع لفظا في ماهية جديدة ومعنى مستحدث ويكون اللفظ حقيقة فيه في لسان المتشرعة ولم يوجد ذلك في الرهن فلا بد حينئذ من تنزيل كلام الاصحاب على حقيقة المتشرعة واصطلاح الفقهاء لينزل كلامهم عند اطلاقهم عليه فيكون المراد انهم اصطلاحوا على أحد معانيه ولا مؤاخذه في ذلك الا على صاحب المسالك حيث قال وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أي الحس أنسب ان افتقر الى المناسبة والانصاف ان قولهم شرعا كالنص في ارادة المعنى الشرعي فيساوي في ذلك صاحب المسالك وغيره وهكذا الحال في كل ما كان من هذا القبيل كالقرض والاجارة والبيع ونحو ذلك وبعم ما قال في (مجمع البحرين) وفي عرف الفقهاء وثيقة لدين المرتهن (وقد قال) ان الشارع والمتشرعة اذا استعملوه في أحد المعاني وخصوه بها وهجروا بغيرها كان حقيقة شرعية (قال) هو كذلك ان تحقق ذلك والظاهر تحمقه لان الطاهر اخذ القبض في ماهيته كما تدل عليه الاخبار كما يأتي بيان ذلك مفصلا في الكلام على اشتراط القبض ثم اني وجدت الاستاذ قدس سره قد تعرض في الفوائد الجديدة لذلك فقال اعلم انه ربما يقول الفقهاء في العبادات والمعاملات في مقام التعريف انه لمة كذا وشرعا كذا ولعل المراد معنى اللفظ المذكور لتلك العبادات والمعاملات اعم من ان يكون حقيقيا أو مجازيا انزاعهم في توت الحقيقة الشرعية أو يكون مرادهم اعم من الشارع والمتشرعة أو يكون المراد من المعنى المعنى الصحيح شرعا والمعتبر عند الشارع والمتمتع بحسب الدرر وهذا هو الاقرب ثم بينه بان الفقهاء متفقون على ان المعاملات ليست توقيفية كالعبادات الى آخر ما حرره وانت خبير بان ما قرره لانهم في الرهن في بعض تعاريفه لان قولهم وثيقة لدين المرتهن لم يزيدوا فيه على المعنى اللغوي تسم من الشروط وغيرها الا ذكر الدين ولعلمم جروا فيه على الغالب لا قصد الاخراج وعلل العرب انما كانوا يرهنون على الدين فتأمل جيدا وانما يتم في تعريف البيع ونحوه حيث يذكر فيه بعض الشروط وغيرها كتعريف المصنف الرهن في التذكرة بانه عقد شرع الاستيقاق على الدين فليحظ ذلك (والحاصل) انه لو كان المقصود تحديد المعاملات الصحيحة لوجب استقصاء شرائط الصحة مع انهم لم يتعرضوا فيها الا لقليل منها ويمكن ان يقال لما كان الغالب في المعاملات مشاركة بعضها لبعض في بعض الصفات كاشتراك البيع مع الهبة في نقل الملك ومع الاجارة في النقل بعوض واشتراك الاجارة مع الجعالة الى غير ذلك وكان الواجب تمييز بعضها عن

بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه وليحمل كلامهم عند الاطلاق على ذلك فقصدوا تمييز بعضها عن بعض بوجه ما من الوجوه وهذا امر يختلف من حيث الاستغناء عن الشروط والاحتياج اليها كما انهم ربما احتاجوا في بعضها الى واحد من الشروط أو الى أكثر (فان قلت) فما الوجه حينئذ في الحكم بأنها شرعية مع عدم اشتغال بعضها على شروط الصحة واشتغال بعضها على بعض شروطها (على شروطها) (خل) (قلت) المراد بالشرعي هنا الوقوف على الشرع في الجملة ومقابلته اللغوي والعرفي أعني ما لا توقف له على الشرع اصلا فلا يقدح في الحكم بالشرعية اشتغال الحد على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتغاله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق الشرعي على مثل ذلك الا الرهن على بعض التعاريف على تأمل فيه والوثيقة تطلق على المذكر والمؤنث كما في (التذكرة) وغيرها يقولون في الصبغة هذا وثيقة دينك فانه يراد به ما يوتق به مطلقا من غير نظر الى التأنيث والتذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال وخرجت عن كونها للتأنيث قال ذلك كله في (مجمع البرهان) وقال جماعة ان التاء للنقل والامر في ذلك سهل وفي (حواشي الكتاب والتنقيح) انه اختلف في معناها ها فقيل ليستوفي دينه (حقه) (خل) منه وقيل ليستوفي دينه به قال في (الحواني) والاول اشهر وتظهر الفائدة في رهن ام الولد فعلى الاول لا يصح وعلى الثاني يصح لان مع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع يدعوا المالك الى القضاء وليس في اضافة الدين الى المرتهن دور لانا نعرفه في التعريف بصاحب الدين او من له الوثيقة من دون أن نأخذ الرهن في تعريفه والتخصيص بالدين مبني اما على الغالب أو على عدم جواز الرهن على غيره وان كان مضمونا كالغصب وكذا ما يمكن نطرق ضمانه كالمبيع وثمته لاحتمال فساد البيع باستحقاقها وبقصان قدرها أو على أن الرهن انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين ويكون مبدأ الرهانة هنا من حين الظهور وبها تكاف مع انه قديمي بحاله فلا يكون ديننا وكيف كان فهو ثابت بالاجماع كما في (المبسوط) وقه الراوندي والغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح والمهذب البارع) بل في الاخير كالتذكرة التصريح باجماع المسلمين وهو ظاهر غيره كالمصنف وغيرها ولم يقل أحد بوجوده والامر المستفاد من الجملة الحبرية في الآية التريفة للارشاد وبه نص الكتاب المجيد والسنة العراء - قوله - الصيغة ولا بد فيها من ايجاب كقوله رهنتك أو هذا وتيمة عندك على كذا وما أدى معناه من الالفاظ ﴿ ظاهر المصنف هنا أنه لا بد في الايجاب والقبول من أن يكونا لفظيين وهو ظاهر (المبسوط) والفقهاء الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية) ويستفاد من الشرائع أن القبول غير منحصر في اللفظ بل يكون العمل والاشارة ونحوهما لقوله والقبول وهو الرضا بذلك الايجاب ولعله لكونه جائزا من طرف القابل وفي (المسالك) أن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولي انتهى وظاهر المبسوط والفقهاء الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والارشاد والبصرة أنه لا بد فيما أي الايجاب والقبول من اللفظ العربي الماضوي والمقاربة وتقديم الايجاب على القبول كما هو الشأن في سائر العقود اللارئة لانا المتأدر من قولهم لا بد فيه من الايجاب والقبول ولعلمهم استندوا في ذلك الى أن الاصل عدم لانقاد وعدم ترتب أحكام الرهن الا اذا ثبت كونه رهنا بالاجماع ونحوه ولا اجماع الا مع الامور المذكورة ولا دلائل على غيرها (وفي الوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع) التصريح بأنها من

شروط الصحة ولم يتعرض في المقنة والنهية والمراسم للصيغة أصلاً وصريح الشرائع والتجوير  
والكتاب والتذكرة والدروس والممة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انه أي  
عقد الرهن لا يختص بلفظ ولا بلفظ الماضي ولم يشترط في التذكرة والدروس والكفاية اللفظ العربي  
وفي (جامع المقاصد) لا بد من كون الايجاب والقبول بلفظ الماضي لانه صريح في الانشاء وقال أيضا  
انه يشكل غير العربي لان الاطلاق محمول على العربي ولان العقود اللازمة تتوقف على العربية وتمنع  
صدق العقد على العقد بالعجمية مع امكان العربية واعتبر في (التذكرة) لفظ الماضي مع أنه أجاز كما  
عرفت هذا وثيقة وهذا رهن وليس ماضيين فيحتمل انه احتراز عن المستقبل خاصة كما يشعر به آخر كلامه وهو  
قوله فلو قال أرهنتك كذا أو أنا قبل لم يعتد به أو انه أراد ما يدل على الانشاء صريحا لا الماضي المصطلح أو أراد انه  
إذا أتى بالفعل فلا بد من الماضي فلا يجزي الامر ولا المستقبل وقد أجاز الايجاب في الدروس بلفظ الامر كخذه  
وامسكه وقال في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيحاب والايجاب عليه المذكورة في المبيع  
أت هنا واستشكل فيه في (جامع المقاصد) بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا  
أما الاستيحاب والايجاب فنعم انتهى وقسم الرهن في التذكرة الى قسمين (الاول) الرهن ابتداء أي  
من غير كونه شرطا في عقد لازم (والثاني) ما اشترط فيه مثل أن يقول بعتك هذا الشيء بشرط أن ترهنني  
عبدك فتقول اشتريت ورهنت أو زوجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط ان ترهنني دارك على  
المهر فيقول الزوج قبلت ورهنت فالتقسيم الاول لا بد فيه من الايجاب والقبول عند من اشترطها ولم  
يكتف بالمعاطاة واما القسم الثاني فقد اختلف فيه فقال بعض الشافعية لا يكفي ذلك بل لا بد ان  
يقول البائع بعد ذلك قبلت وكذا المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن لانه لم يوجد في الرهن سوى  
الايجاب وهو بمفرده غير كاف وقال الآخرون الشرط من البائع والمرأة يقوم مقام القبول ولم يرحح  
شيئا وهذا قد يشعر بأنه غير جازم بالاشترط وستسمع تردده فيما يأتي من الكتاب واختر في موضع  
آخر من التذكرة وولده وان المتوج فيما حكى عنه والمحقق الثاني انه لا بد من القبول ولا يكفي  
الاشترط عنه كما ستسمع بيانه (كلامه خ ل) والشيخ في المبسوط كلام ستسمعه هذا كلام الاصحاب على  
اختلاف آرائهم وتفتيح البحث ان يقال ان هذا العقد لما كان لازما من جانب وجائزا من جانب آخر فبعضهم  
غلب فيه جانب الخائز مطلقا وآخرون غلبوا جانب اللزوم لان اعتبار ما اعتبروه في العقود اللازمة دون  
الجائزة انما هو للاقتصار فيما خالف الاصل الدال على عدم اللزوم وعدم ترتب الاحكام على المتيقن  
وهو جار في المقام لتضمنه اللزوم من طرف الراهن وعدم اللزوم من جانب المرتهن غير قادح بعد كون  
المتسأ للاعتبار هو نفس اللزوم المخالف للأصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين فليتأمل  
في كل من الوجهين والتحقيق ان يقال ان عموم قوله سبحانه أوفوا بالعقود يقضي بالصحة والجواز في  
كل ما صدق عليه انه عقد رهن الا ان يدل دليل على اشترط أمر آخر غير ذلك أو شيء زائد فيه  
على ذلك كما قام مثل ذلك في البيع ولعل الشهرة كافية في المقام لانها تكون قرينة على ان ذلك بدون  
معقد الشهرة كان مما لا يسمي عقدا في زمن الصدور فتأمل وقالوا ما يؤدي معنى رهنتك وثقتك  
بالتضعيف وأرهنتك لانه لا يبلغ شذوذها حد المنع وهي أوضح دلالة من كثير مما عدوه وقال في (الدروس)  
لو قال خذني على مالك أو بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى أعطيتك مالك وأراد الرهن جاز ولو

وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة وشبهها وقبول كقوله قبلت او ما يدل على الرضا وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر (متن)

أراد الوديعة أو اشتبهه فليس برهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة ﴾ أي كما تكفي الكتابة مع العجز عن النطق اذا عرف ذلك من قصده والا اكتفاء بالاشارة مع العجز مصرح به في (الشرائع) وأكثر ما تأخر عنها ويعتبر فيها كونها مفهومة للمقصود كما صرح به جماعة ولا ريب أن ذلك مراد من أطلق ولا يعتبر رفع امكان غير الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له بل الافهام المقصود عرفا ولا تنحصر في عصو ولا فرق بين أن يكون العجز لعارض أو أصليا وإن أوهمت بعض العبارات اعتبار الباقي حيث يعبرون بالآخرس ولا تكفي الكتابة بمجرد ما لا يمكن العبث أو ارادة أمراض قال في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة والاشارة الا مع العجز فتكفي الاشارة الدالة عليه كذ الكتابة مع لاشارة ولا تكفي الكتابة المجردة عن الاشارة الدالة على الرضا انتهى ونحوه ما في الشرائع من عدم الاكتفاء بمجرد الكتابة الا أن عبارة الشرائع أشمل وأولى لان الأولى ان يقول في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة المجردة عن الدلالة اذ قد تكون الكتابة مع أمر آخر غير الاشارة دالة على الرضا فيكتفي بذلك كما هو الشأن في الاشارة المجردة عن الكتابة مع الفهم والدلالة وفي (مجمع البرهان) ينبغي الاكتفاء بهما مع القدرة على النطق لان الغرض المهم لا اللفظ والا لا تفت صحتها مع العجز ايضا لعدم اللفظ المشروط الا مع تعذر النيابة والاستتراط بالعجز غير واضح وهذا منه بناء على اصل فاسد وهو ان المدار على الرضا في نحو ذلك وقدمر بيانه في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يقوم شرط رهن في عقد البيع مقام القبول نظر ﴾ هذا ما أشرنا اليه آفا وقد سمعت تصوير المسئلة فيما حكياه عن التذكرة حيث فرضها فيما اذا كان الايجاب الرهن عقيب ايقاع البيع بحيث لا يقع بيدهما تراخ مع كون احدهما مع الآخر جزأ للعقد لاشتراط وقوع احدهما عقيب الآخر على الفور عادة ووجه الطار على ما في جامع المقاصد من إعصاة عدم اشتراط التأخر عن الايجاب ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المنعبرة شرعا والاصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الايجاب ولان القبول عبارة عن الرضا بالايجاب قبيل حصول الايجاب لا يتحقق الرضا به اذ ليس ثم شيء يرضى به فالاصل عدم الاكتفاء به وأنت خير بما يرد على الأحير بان يقال ان الغرض من القبول العلم بالرضا الباطني وهو حاصل بالاستتراط اذ معناه انه راض بما توجهه وقابل طالب لما اشترطه عليك اذا فعلته الا ان يقال لا يلزم من الرضا وقت الاستتراط الرضا وقت الرهن ووجهه في (الايصاح) من انه اي التشرط لفظ دال على الرضا ويصح تقدمه ان قلنا به اي بصحة تقديم القبول على الايجاب ومن ان القبول متأخر عن القابل والمقبول بالذات واستتراطه موجب فيتقدم فلو أمحا لكان الشيء الواحد متأخرا عن آخر بالذات ومتقدما عليه بالذات فيدور ولان القبول لا يكون موجبا للايجاب بالضرورة ويلزمه قولنا الموجب لا يكون قبولا بالضرورة والشرط موجب والاقوى عندي ان القبول لا يصح تقدمه على الايجاب مطلقا انتهى فليتأمل في كلا وجهيه اذ ذلك موقوف على بيان معنى القبول وقد اوضحنا الحال في باب البيع والشيخ في (المبسوط) جور تقديم القبول في المقام قل واما الوقت الذي يجوز اخذ الرهن به فانه يجوز بعد لزوم الحق ويجوز ايضا مع لومه مثل ان يكون مع



وشرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على ان يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمع من بيعه في حقه اما لو شرط في البيع اذن فلان او بكذا فالوجه الصحة وكذا يصح لو شرط ان ينتفع به المرتهن او ان يكون الماء المتجدد وهنا ( متن )

الرهن (١) ان يقول بعثك هذا الشيء بكذا على ان ترهن كذا بالثمن وقال اشترته على هذا صح شرط الرهن وثبت ويرهنه بعد عقد البيع ويسلمه اليه واذا ثبت جواز شرطه جاز ايجاب الرهن وقبوله فيه فيقول بعثك هذا الشيء بألف درهم وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن وقال المشتري اشترته منك بألف درهم ورهنتك هذا الشيء فيحصل عقد البيع وعقد الرهن انتهى وفي (المختلف) بعد نقله هذا عن الشيخ تأمل فيه بأنه وثيقة للدين فلا يصح اقترانه معه في العقد وليعلم انه لو قدم البائع أو المشتري الاثران على البيع في المثال لم يصح على الظاهر كما لو قال المشتري ارتهنت واشتريت أو قال البائع رهنتك وبعثك وسيعرض المصنف لهذا الفرع في الفصل الرابع في الحق ويأتي تمام الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على أن يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء ﴾ او كأن يستلزم منافعه للراهن وان لا يبيعه الا باذن المرتهن او يكون في يده او يد عدل فان هذه الشروط لا يضر التعرض لها في رهن التبرع ولا المستروط وانما يفيد تأكيداً لمقتضاه كما ( في الوسيلة والتذكرة ) وتفصيل المقام ان يقال ان الرهن عقد قابل للشروط الصحيحة التي لا تنفي الى جهالة في بيع ان شرط فيه اجماعاً كما في ( التذكرة ) فان شرط في الرهن شرطاً فاما ان يكون من مقتضى عقده او لا يكون من مقتضاه وعلى الثاني اما ان يتعلق بمصلحة العقد كالاظهار او لا يتعلق به غرض كقوله بشرط ان لا تأكل الهريسة او يكون غير هذين وعلى الاخير فاما ان يكون مما ينتفع به المرتهن ويضر الراهن أو بالعكس وعلى التقادير إما أن يكون الرهن رهن تبرع أو مشروطاً في عقد بيع وشبهه والذي يقتضيه النظر جواز اشتراط كل مباح في الرهن اذا لم يناف مقتضاه ولم يكن مما لا تتعلق به أغراض العقلاء لانها شروط سائفة فيجب الوقوف عندها سواء كان تبرعاً أو مشروطاً في بيع وشبهه وقد يقع الاشتباه في بعض الشروط هل هي منافية أو لا كما استسمع عن المبسوط وغيره وقد أسبغنا الكلام في أحوال الشروط في باب البيع في الفصل الثالث في الشروط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمع من بيعه في حقه ﴾ أو من تسليمه اليه بالكلية وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق واشتراط أن يرهنه عند غيره وعدي (الوسيلة) من الشروط المخالفة لما اذا شرط أن لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن أو فلان وعدي (المبسوط) من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ما اذا شرط أن يبيعه بعد شهر أو لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن أو يرضاه رجل آخر أو يكون نمائه رهناً معه وما اشبه ذلك قال فلهذه كلها شروط فاسدة لانه مخالفة لمقتضى العقد وما كان كذلك فهو مخالف للشرع فكان فاسداً وهل يفسد الرهن الاقوى في نفسي ان الشرط يفسد ويصح الرهن ولا يبطل البيع الذي اقترن به الرهن لعدم الدليل وقال بعد ذلك اذا رهن نخلا على ان ما اثمرت يكون رهناً مع النخل او رهن ماشية على ان ما ينتج يكون التاج داخل في الرهن فالشرط باطل وقيل انه يصح ويدخل في الرهن وهو الاقوى انتهى وهذا رجوع

(١) كذا وجدناه في نسختين صحيحتين والمراد ظاهر ( منه قدس سره )

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ويصح الرهن سفراً وحضراً (متن)

منه عن بعض ما ذكره ويأتي عند قوله والاقرب عدم دخول المتجدد الا مع الشرط تقل الاجاعات والاقوال وقال في (الخلاف) اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع وفي (المختلف) انهما يبطلان ايضا وستسمع الحال والمصنف هنا قد صحح ما لو شرط في البيع اذن فلان او يبعه بكذا او ان ينتفع به الراهن او يكون الماء المتجدد رهنا وصحح في المختلف والتذكرة ايضا ما اذا شرط ان لا يبيعه الا بعد شهر او لا يسلمه اياه الا بعد شهر مثلا بل صحح في التذكرة اشتراط كون منافع الرهن للمرتهن اذا لم يمكن الدين قرضا مشروطا بذلك وقال في (الوسيلة) اذا شرط الماء لنفسه فان كان ذلك في دين في الذمة صح الرهن وبطل الشرط وان كان في قرض مستأنف بطل القرض والرهن والشرط وان كان في بيع فان كان الماء مجهولا لم يصح والا صح ونحوه ما في جامع الترائع ومنع في الدروس من اشتراط توقف البيع على رضى الراهن او اجنبي وقوى في (الايضاح) الجواز في اشتراط اذن الغير والبطلان في اشتراط يبعه بكذا ومال المحقق الثاني الى البطلان فيهما لان فلانا قد لا يأذن والتمن المعين قد لا يبلغه الرهن فيتعذر اخذ الدين من قيمته فينتفي مقصوده فيكون الشرط منافيا وقد حكم في (التذكرة والمختلف) انه اذا بطل الشرط بطل المسروط لان الرضا بالمقداما وقع على ذلك الشرط فاذا لم يصح لم يصح المقدم وهو كذلك بالنسبة الى عقد الرهن لان الفرض انه مخالف لمقتضاه واما اذا كان هذا الرهن الفاسد انفساد شرطه مشروطا في بيع مثلا فهل يفسد البيع اولا الظاهر التفصيل فالفساد فيما اذا جبر الشرط جهالة الثمن كما اذا شرط في البيع رهنا وشرط ان يبقى عنده وتكون منافعة وزوائده للمرتهن فالبيع باطل لان المشروط استحاقه حينئذ يصير جزءا من الثمن وهو مجهول ويصح البيع فبا عدا ذلك ويكون للبايع الخيار لانه لم يسلم له الرهن ولا شرطه لفساده بفساده كما هو العرض لى تقول له الخيار وان قلنا بصحة الرهن مع فساد شرطه كما سمعته عن المبسوط لانه لم يسلم له الشرط المذكور فيصح ان تقول له الخيار صح الرهن او فسد لانه ان صح الرهن لا يسلم له الشرط وان لم يصح لم يسلم له اصل الرهن ﴿ قوله ﴾ ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ﴿ وفي بعض النسخ فلا رجوع والمراد انه شرط عليه في البيع الفاسد رها على دين آخر ووجه الأولى انه انما قصد الرهن بشرط اللزوم فهو وان كان منجزا في الصورة فهو في المعنى معاق فكان كما لو باع مال ابيه بظن الحيوة وانه فضولي فان ميتاوان المبيع ملكه فان فيه وجوها ثلثة الصحة والوقوف على اجازته بعد ذلك والبطلان ووجه الثانية انه عقد صدر من أهله مع القصد الى الرهن غاية الامر أنه أوقفه على اعتقاد وجوبه عليه فكان كما لو أبرمت ذمت الزوج بظن صحة الطلاق او وهب واهبه بظن صحة الهبة الاولى وقد قارن الثانية ما يقتضي اللزوم واثبات ذلك ولو ظن صحة البيع الفاسد ولم يكن قد شرط عليه فيه الرهن على دين آخر فرهنه تبرعا باعتقاد صحة البيع وانه لولاه لم يرهنه غاية الامر انه لم يكن مشروطا عليه فلا رجوع له وهذا ما يرشد الى عدم الرجوع فيما نحن فيه ﴿ قوله ﴾ ويصح الرهن سفراً وحضراً ﴿ أجماعا كافي (الخلاف) وكنز العرفان) وظاهر غيرهما قال في (الخلاف) وبه قال جميع الفقهاء الا مجاهدا فقال لا يجوز

وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة فان ادى او ابرأ او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده ( متن )

الا في السفر وحكى ذلك عن داود وحكاه في كنز العرفان عن الضحاك أيضاً ولا يشترط عدم الكاتب اجماعاً كما في ( التحرير ) والتقييد في الاية بالسفر وعدم وجدان الكاتب خرج مخرج الاغلب ﴿ قوله ﴾ وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة ﴿ وجائز من طرف المرتهن اجماعاً كما في ( التذكرة وجمع البرهان ) وظاهر الغنية ولم اجد فيه خلافاً من احد وقد يتوهم من الشيخ في ( المبسوط والخلاف ) وليس كذلك قال عقد الرهن ليس بلازم ولا يجبر الراهن على تسليم الرهن فان سلم باختياره لزم التسليم والاولى ان تقول يجب بالايجاب والقبول ويجبر على تسليمه وقال في مقام آخر واذا قبض المرتهن باذن الراهن صار الرهن لازماً اجماعاً وانما الخلاف قبل القبض ثم صرح بأنه لازم من جهة الراهن دون المرتهن وحكم ايضاً في عدة مواضع ان القبض واجب على الراهن في مسألة ما اذا مات المرتهن قبل قبض الرهن ومسئلة ما اذا اذن للمرتهن في قبض الرهن ثم رجع عن الاذن ومسئلة ما اذا اذن له ثم جن الراهن او اغني عليه وقال لو خرس الراهن فان كان لا يحسن الاشارة ولا الكتابة لم يجز للمرتهن قبضه لانه يحتاج الى رضاه ولا طريق له الى ذلك فالاحكام الاولى تدل على لزوم الرهن بمجرد العقد وان القبض واجب على الراهن وقوله في مسألة الأخرس ينافي ذلك كما سيأتي بيان ذلك في الفصل الخامس ولو لم يكن لازماً من طرف الراهن لانتفت فائدته وانما جاز من قبل المرتهن لانه يسقط حق نفسه ولا كذلك الراهن قالوا وليس له نظير في العقود الا الكتابة المشروطة عند الشيخ فانها عنده ايضاً حائزة من قبل العمد خاصة ويناسبه عقد الفضولي من احد الجانبين وكان القرض نظيره اذا قلنا انه لازم من طرف المفرض جائز من طرف المقرض اذا قلنا بان له ان يرد العبن في القيمي ويجب على المقرض القبول كما هو مذهب جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ادى او ابرأ او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه من المرتهن ﴾ من لوازم اللزوم عدم جواز الانتزاع الا بان يؤدي الراهن الدين أو يبرأه المرتهن او يسقط هو أي المرتهن حقه من الرهن فانه حينئذ يجوز له الانتزاع وفي حكم تأدية الراهن ما اذا تبرع عنه متبرع بذلك او اذا ضمنه ضامن مع قبول المرتهن او حوله هو به وفي حكم ابراء المرتهن الاقالة المسقطه للثمن المرهون به او الثمن المسلم فيه المرهون به ومعنى اسقاط المرتهن حقه من الرهن فسخه لعقد الرهانة لجوازه من قبله ويبقى الكلام فيما لو اقبضه البعض او ابرأه هو منه فهل يكون حكمه حكم ما لو قبض الجميع او ابرأه فيبطل الرهن بسقوط جزء مامن الدين وان قل كما هو مختار المصنف فيما يأتي من الكتاب او يبقى الرهن بأجمعه ما بقي من الدين جزء كما هو خيرة المبسوط مدعيها انه اجماع كما ستسمع انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجب على المرتهن دفعه الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده ﴾ كما هو الشأن في كل حق كان ثبوته في اليد باذن شرعي كالمسأجر وحينئذ يبقى امانة مالكية لاشريعة لانه مقبوض باذن المالك وقد كان وثيقة و امانة فاذا سقطت الوثيقة بقيت الامانة فيصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما اذا اطارت الريح ثوبا الى دار انسان حيث يلزمه رده على مالكة ابتداء او اعلامه به وهذا ونحوه

( الثاني ) المحل وشروطه اربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن ييمه فلا يصح رهن المنافع ورهن المدير ابطال للتدبير على رأي ( متن )

هو المبرعنه بالامانة الشرعية حيث أن الشارع جعله امينا عليه دون المالك لان المالك لم يرض بكونه في يده ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب الى انه اذا قضاه يكون مضمونا واذا ابرأ ثم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحسانا وهو يحكم بل ينبغي العكس فانه مع القضاء يكون المالك عالما بانفكالك ماله فاذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه امانة واما الابرأ فقد لا يعلم به الراهن قال في ( التذكرة ) وينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن أن يعلمه بالابرأ او يرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الاعلى سبيل الوثيقة بخلاف ما اذا علم به لان قدرضي يتركه في يده قوله \* الثاني المحل وشروطه اربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن ييمه كما صرح بذلك كله في ( الشرائع والمنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والمعة ) وصرح في ( الغنية والسرائر وجامع الشرائع وكنز العرفان ) وغيرها باشتراط كونه عينا يمكن ييمه وقد يلوح من الاولين الاجماع على الامرين حيث حكيا الخلاف فيهما في القبض ولم يحكياه فيهما واستسمع عند التفريعات الاجماعيات والنزاعات والشهوات والمراد بكون الرهن مملوكا ما هو اعم من ملك الاصل والمنفعة كالمستعار وهذه الشروط ليست على وتيرة واحدة فمنها ما هو شرط الصحة وهو ما عدى الملوكية فانها شرط اللزوم باعتبار رهن ملك الغير ولا يضر لانها شروط في الجملة ولان الملوكية المطلقة من شروط الصحة وصدوره عن المالك او اجازته من اسباب اللزوم فصح التفريع على الامرين قوله \* فلا يصح رهن المنافع \* اجماعا كما في ( المسالك ) وقد يظهر من جماعة لكنه في ( المختلف ) صرح بوجود الخاف ولم يسمه ولم نجده لاحد من الخاصة والعامة في التذكرة والخلاف ولعله اشار الى ما ذهب اليه جماعة من صحة رهن خدمة المدير كما ستسمع لان الدين أن كان مؤجلا فالمنافع تلتف الى حلول الاجل فلا تحصل فائدة الرهن وان كان حالا فيقدر ما يتأخر قضاء الدين يتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيثاق ولان المنافع لا يصح اقباضها الا بانلافها فكان عدم الصحة متجها على القول باشتراط الاقباض وبدونه وتأمل فيه الشهيد الثاني في حاشيته على الروضة بان استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط بل منه أو من بدله ولو يبيعه قبل الاستيفاء كما لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبله والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها بان يؤجر العين ويجعل الاجرة رهنا وقريب منه القبض لامكانه بتسليم العين ليسترفي منها المنفعة ويكون عوضها رهنا ثم قال الا أن يقال أن ذلك خروج عن المتنازع اذ لا كلام في جواز رهن الاجرة انما الكلام في المنفعة نفسها والفرق بينها وبين ما يتسارع اليه الفساد انما هو رهن رافع عارض ( قلت ) الفرق بينهما ان الاذن في البيع معلوم بقرينة ظاهرة وهو قصد كل منهما حفظ ماله الا أن تقول أن ذلك جار فيما نحن فيه فليأمل وقواه والماع عارض لاوجه له لان المتنصي للفساد فيما يتسارع اليه الفساد موجود وقت الرهن ولا كذلك الحال في الخنطة اذا تعفنت فانه يجب ييمها وجعل الثمن رهنا قطعا كما في الايضاح كما ستسمع وقال في ( التذكرة ) وانما جعل تسليم العين قبضا في الاجارة لمكان الحاجة الى المنافع ولا حاجة الى رهن المنافع وان قبض العين ليس قبضا تاما في الاجارة قوله \* ورهن المدير ابطال لتدبيره على رأي \* موافق ( للشرائع والتذكرة والارساد )

وشرحه لولده والتحرير والمختلف والتلخيص واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبه الى الاكثر وهي في محل النظر الا أن يراد اكثر المتأخرين نعم في (المبسوط والسرائر) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التديير لان التديير وصية ورهنه رجوع فيها وان قلنا ان الرهن صحيح والتديير بحاله كان قويا لانه لا دليل على بطلانه فعلى هذا اذا حل الأجل في الدين وقضاه المدين من غير الرهن كان جائز وان باعه كان له ذلك وفي (الخلاف) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التديير وصح الرهن ان قصد بذلك فسخ التديير وان لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن واستدل بعدم الخلاف والاجماع على ان التديير بمنزلة الوصية قال والوصية له الرجوع فيها فكذا التديير وقال فأما اذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه الى ان قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتديير بحاله كان قويا انتهى لكنه في (الدروس) قد نسب الى اكثر القدماء انه لا ينتقض تدييره لو باعه أو وهبه ولما ينتقض تدييره وهو كذلك فعن الحسن أنه قال يبيع خدمته أو يشترط عقده على المشتري فيكون الولاء له وعن ابي علي انه يبيع خدمته مدة الحيوة وقال الصدوق في (المقنع) انه لا يصح بيعه الا ان يشترط على المشتري اعتاقه عند موته وقال المفيد في (المقنعة) اذا باع ومات محرر فلا سبيل للمشتري عليه وقال الشيخ في (النهاية) انه لا يجوز بيعه قبل تقض تدييره الا ان يعلم المشتري ان البيع للخدمة قال في (الدروس) وتبعه على ذلك جماعة قلت منهم صاحب الجامع وقد يفهم ذلك من الوسيلة وحكي في الدروس عن الحلين الا الشيخ يحبي انهم على بطلان التديير بمجرد البيع وعن ابن ادريس انه حمل بيع الخدمة على الصلح مدة حياته وعن الفاضل انه حمل بيعها على الاجارة مدة فدية قال وقطع الحنفى بطلان بيع الخدمة لانها منفعة مجبولة والروايات مصرحة بها وان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدعة المدبر ولم يبع رقبته وعورضت برواية محمد بن مسلم هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء أعقه وأجيب بحمل البيع على الرجوع قبله توفيقا والجهالة في الخدمة غير قاذحة لحواز اسثناء هذا من التواعد المرعة على أن المقصود من البيع في جميع الاعيان هو الانتفاع ولا تقدير لأمده فالعمل على الشهور وتخريجه على تناول البيع الرقبة ويكون كمشروء العتق باطل بتصريح الخبر والفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة انتهى وهذا وان كان في البيع والهبة الا انها اذا كانا لا يبطلانه أي التديير فالرهن بالاولى ان لا يبطله واستوجه المصنف في تديير التديير عدم بطلانه بالرهن وكأنه مال البه في الروضة وامله متوقف به في المسالك وفي (مجمع البرهان) الظاهر الصحة في الرهن وعدم ابطاله التديير لعموم ادلة الرهن وجواز التصرف في المدبر ولكن لما لم يكن بينه وبين الرهن منافاة فالظاهر بقائه موقوفا فان بيع في الدين بطل تدييره وان لم يبع بقي مدبرا وتؤيده انه لو كان بينهما منافاة لزم عدم صحة الرهن لوجود التديير قبله وعلى تقدير بطلان التديير بالرهن انما يبطل بعد اتمام الرهن وصحته وهو غير معلوم الصحة هنا لورود العقد على المدبر الذي لا يجتمع رهنه مع تدييره ولاجل هذا قيل بعدم صحة بيعه الا بعد ابطال التديير على ان البطلان بعد تمام الرهن لا ينفع لوقوع الصيغة على المدبر الا ان يقال يبطل قبل الصيغة آتاما كما في العبد المأمور بعقده ولكن انما قيل بذلك هنا للضرورة وهي مقفودة هنا لعدم النص والاجماع وسيأتي في رهن البائع ماله خيار فيه ان الفسخ يحصل بالقصد المقارن وقد ذهب جماعة في باب القصاص الى ان العبد المدبر اذا قتل عمدا واختار اولياء المقتول استرقاقه انه لا يبطل تدييره والذاهب الى ذلك المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية والتهذيب والمصنف والفاضل الهندي وحكي عن الكاتب والصدوق

فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي ( متن )

ولهم على ذلك أخبار لكن الأكثر على بطلان تدييره ( وحجة ) القائل بالبطلان ان التديير من الصيغ الجائزة كالوصية فاذا تعقبه الرهن أبطله كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعا عنه لان الغرض من العقود الملكية ملك من انتقل اليه ولا يتم الا بالرجوع والغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتديير وبني في ( جامع المقاصد ) القولين على ان التديير هل هو عتق بصفة أو وصية بالعتق فعلى الاول لا يبطل وعلى الثاني يبطل وهذا غير مستقيم على مذهبنا لاجماعنا كما في ( الخلاف والمسالك ) وظاهر السرائر على جواز الرجوع بالتديير فيكون وصية وإنما بنى هذا البناء أصحاب السانفي ونقل في ( الكفاية ) في المسئلة اقوالا ثلثة القول بصحة الرهن وان رهن رقبته ابطال لتدييره والقول بعدم الصحة والقول بان التديير مراعى فكيف فيستقر او يأخذ في الدين فيبطل انتهى والقول بعدم الصحة لم نعرفه ولا نقله احد الا ما سمعته في عبارة الخلاف على بعض الوجوه وهو ما اذا لم يقصد الفسخ وصاحب الكفاية اطلق وتعبيره عن القول الثاني أعني صحة الرهن والتديير بان التديير مراعى الى آخره غير جيد فانه تعبير باللازم هذا وفي ( النهاية والمنفعة والمبسوط ) انه اذا دبر الراهن المملوك كان باطلا قال في ( المبسوط ) لانه ليس له التصرف فيه وفي ( المختلف ) انه لا يبطل ولعل غرض المصنف من ذكر هذه المسئلة هنا انما هو باعتبار ما بعدها ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي ﴾ موافق ( للشرائع والتذكرة والمختلف وغاية المرام والمسالك وجمع البرهان ) ونسبه في ( الايضاح ) الى من عدى الشيخ في النهاية قال ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع والرهن الى منفعه فعلى هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ رحمه الله ولم يصح عند الباقيين انتهى ( قلت ) كلامه منظور فيه لان الشيخ في النهاية لم يتعرض لرهن المدبر لاني الرهن ولا في التديير وإنما تعرض لبيعه كما سمعت وقد عرفت ان جماعة واقوه على ذلك وان الشهيد نسبه في تديير الدروس الى المشهور تارة والى الأكثر أخرى ثم قال ان الحبر والفتوى صريحان في تناول المبيع للذمة وقد ذكروا ضابطة وهي ان ماصح يبيعه جازرهنه ذكرها الشيخ والمصنف في ( الخلاف والمبسوط والتذكرة ) والشهيد في قواعده فكان هؤلاء مواقيين للشيخ في ( النهاية ) في صحة رهن الخدمة ولهذا قال الشهيد في ( الدروس ) في المقام ان خدمة المدبر يصح رهنها وفاقا لجماعة وقد سلف انتهى وأشار الى أكثر القدمات بقوله جماعة كما عرفت وبعض متأخري المتأخرين أنكر القاعدة والرواية الدالة على جواز بيع خدمة العبد ولم نجد من طعن في القاعدة صريحا غير المولى الاردبيلي قال ليس كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه نعم العكس صادق وسأسمع في رهن الطير في الهواء تصریحهم بصدق الاصل وعدم صدق العكس عكس ما قال لكن سيأتى في رهن أم الولد والمرند ما قد يناق ذلك وعسائك تقول من لم يصحح رهن الخدمة قائل بعدم صحة القاعدة ( قلت ) لا ملازمة قطعا اذ لعله لم يظفر بالرواية اولا يقول بصحة بيع المنافع مطلقا وان وردت به رواية لمنافاتها القواعد المرعية وستعرف ان عباراتهم طافحة بهذه القاعدة في رهن الدين وغيره في مواضع ستسمعها ان شاء الله تعالى وأما الرواية فقد اعترف بها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وغيرها وقد سمعت ان الشهيد قال والروايات مصرحة بها فكان هناك روايات وليس ما يحكونه الا كما يروونه

ولا رهن الدين ( متن )

وقد روي في ( الهداية ) عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل أعتق جاريته عن دبر ايظاها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حياته قال أي ذلك شاء فعل فلا تصنع الى ما في الحدائق من احتمال كونها من روايات العامة حيث لم يقف عليها بعد التبع وخص المصنف منافع المدبر بالذكر لمكان الرواية والخلاف والا فهي من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها ووسط قوله ورهن المدبر الى آخره تمهيدا لذلك ونحو ذلك ما في الشرائع فيكون قوله فلو شرط متفرعا على قوله ولا يصح رهن المنافع قوله ﴿ ولا رهن الدين ﴾ كما في ( الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والدروس وجامع المقاصد ) وكذلك النافع والتحرير والتبصرة وفي ( الكفاية ) انه المشهور اما لعدم جواز بيعه ان قلنا به أو لاشتراط القبض وعدم امكانه فيه لانه امر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه وما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه وان وجد في ضمنه واحتمال جوازه على هذا القول أعني اشتراط القبض والا كفاء في القبض بما يعينه المديون بناء على صدق قبض الدين عليه عرفا كعبية ما في الذمة فرع وجود عموم في الادلة يتناول ذلك اذ المتبادر من الادلة قبض المرهون نفسه لاما هو فرد من افراده وصدق القبض عرفا لا يستلزم القبض المتبادر من الادلة فلم يتم ما احتمله في الدروس والروضة من الصحة كعبية ما في الذم وانه يجتزي بقبض ما يعينه المديون وقد قال بها في ( المسالك ) ومال اليها في مجمع البرهان تسمك بالاطلاق والتفاتا الى ما ذكر وان كان القبض شرطا وقد عرفت الحال في هذا الاطلاق وستعرف أيضا ان هذا القول على اطلاقه محل نظر بل قد نقول بعدم صحة رهن الدين وان قلنا بعدم اشتراط القبض كما هو خيرة الكتاب لانه لا يصح بيعه كما قيل بل لعدم المناقاة بين عدم اشتراطه أي القبض واعتبار كونه مما يقبض مثله مضافا الى الوقوف على ظواهر الاصول وعدم الاكتفاء في الخروج عنها بمجرد الاطلاقات المتبادر منها غير مانحن فيه وأما عمومات الوفاء بالمعقود فتصرف الى ما يتبادر من اطلاقات نصوص الرهن لانا اذا لحظناها ولحظنا ماورد في بعضها مما هو كالتعليل لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في اغلب افراد مانحن فيه حصل لنا الظن المعتد به بأن عقد الرهن لا يصح الا فيما يمكن قبضه وان لم نشترط اقباضه فمضمون العقد الذي يجب الوفاء به هو الصحيح الشرعي والذي يكون المرهون فيه بنفسه مما يمكن قبضه كما سيأتي في نظائره من عدم لزوم الوفاء فيما لا يمكن قبضه وبيعه كالحر وشبهه فليتأمل ومن هنا يندفع تعجب الشهيدين من المصنف في الكتاب حيث قال بعدم اشتراط القبض وعدم صحة رهن الدين نعم لو كان قد صرح في الكتاب بالبناء المذكور في التذكرة لم يتجه الاعتذار عنه بما ذكرناه لكنه لا يعلم ان رأيه في الكتاب مبني على مقاله في التذكرة قال فيها لا يصح رهن الدين ان شرطنا في الرهن القبض لانه لا يمكن قبضه انتهى وقد يستدل على عدم جواز رهن الدين بأن أخذ الرهن ليس الا من جهة عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة فكيف يستوثق باستيفائه بمثله وفيه مع اختلاف الناس في القضاء والمديون انه لا يجري لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فان الاستيثاق حاصل كالقبض بناء على ان ما في الذمة مقبوض فلو وجد القائل بالفصل وقلنا ان ما في الذمة مقبوض وقلنا بتناول الاطلاقات الدالة على اشتراط القبض لهذا الفرد لكان القول به جيدا جدا ومن هنا مضافا الى سابقه يظهر ان الاستناد الى الاطلاقات في الجواز على الاطلاق أي حتى لو كان الدين المرهون على غير المرتهن

ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمنه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات اولا مالا يملكه المسلم ان كان احدهما مسلما كالحجر وان كان المرتهن ذميا او الراهن عبد المسلم وان وضعها على يد ذمي على رأي (متن)

مع اشتراط القبض في محل التأمل ﴿ قوله ﴾ ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمنه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ﴿ كما في (الترايع والتافع والتذكرة والارشاد والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة) وغيرها اذ المعروف المشهور بين الاصحاب جرين العقد الفضولي في سائر العقود وقد عرفت المخاف في ذلك في باب البيع والشيخان في (المنفعة والنهاية) نصا في المقام على بطلان الرهن فيما لا يملك ولذلك نسب الحكم هنا في الكفاية الى المشهور وقال في (الروضة) انه يصح على اشهر الاقوال وقال في (مجمع البرهان) قد مر في باب البيع التأمل في دليله ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضولي في الرهن الا القياس على البيع والشراء أو عدم القائل بالفرق ان صح (وفيه) انه ليس من القياس في شيء اذ ليس المراد بالعقود في الكتاب والسنة العقود الصادرة عن مباترة الملاك والا لم يدخل عقد ولي ولا وكيل بل المراد التي برضاها هم أو اولياتهم ويستوي فيها الرضا السابق بالتوكيل أو المقارن أو المتعقب بالاجازة وبه يظهر معنى قوله تعالى (الا أن تكون بحجارة عن تراض) وليس معنى التجارة مجرد العقد (والحاصل) أنا ندعي استقامة السيرة على العقود الفضولية وفيما دل على صحة كساح الفضولي من اجماع وأخبار ابن شاهد على نبوتها في باقي العقود وكذلك الاخبار الواردة في اقراض الوصي غير المولى مال الصبي لينحربه وأخبار الحس من تحليل المناكح والمسكن الى غير ذلك من اجازة صاحب المال المجهول مالكة الذي تصدق به عنه والمقطعة الى غير ذلك مما مر بيانه في باب البيع وقد يستشكل في الصحة مع الضميمة اذا جهل المرتهن بالحال ولم يجز المالك على القول باشتراط تعيين المرهون وعدم صحة ما فيه جهاله وكذلك على القول بعدم الاشراف والاكتفاء بالتمييز في الجملة لعدم التمييز في المستئلة وهو اشكال واه فاسد كما تقدم بيانه في باب البيع ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان الرهن واحد مشاعا بينهما أو كان قد رهن ملكين حصة أحدهما له والآخر لصاحبه ﴿ قوله ﴾ ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات ﴿ ومالا منفعته فيه كفضلات الانسان وأشباها مما لا يملكها للاجماع المحكي في (المبسوط) على عدم صحة بيع ذلك كما أوضحناه في باب المكاسب وبينا المراد من الحشار وكذلك الحر لا يصح رهنه اجماعا عند مسلم وكافر من مسلم وكافر اذ لا شبهة في عدم ملكه ﴿ قوله ﴾ ومالا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلما كالحجر ﴿ والخزير اذ لا خلاف في عدم صحة رهنهما اذا كان الراهن مسلما وكذا اذا كان المرتهن كذلك ولم يضعهما عند ذمي كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ وان كان المرتهن ذميا أو الراهن عند المسلم (أو الرهن عبداً لمسلم خل) أو الرهن عبد المسلم (خل) وان وضعها على يد ذمي على رأي ﴿ أشار الى ما قاله الشيخ في (المبسوط والخلاف) قال اذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهن بذلك خمرًا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بثمنها جازله أخذه ولا يجر عليه وزاد في (الخلاف) أن له ان يطالب بمالا يكون ثمن محرم هذا كلامه في الكتاين ولم يحتج بتبيء مما ذكره له من أن حق الوفاء الى الذمي فيصح كما لو باعه وأوفاه ثمنه لكنه مستنبط من كلامه والفرق واضح لان الرهن بوئول الى



ولا الارض المفتوحة عنوة ويصح رهن الأبنية والاشجار فيها ولا رهن الطير في الهواء  
ولا السمك في الماء ( متن )

بيع الحاكم بخلاف المبيع فانه يبيعه الذمي وتلك أطبق من تأخر عنه ممن تعرض للفرع المذكور على  
خلافه كابن ادريس على ما حكاه عنه في تخلص التلخيص والمحقق والمصنف في كتبه وولده والشهيدان  
والمحقق الثاني والصيمري والمقدس الاردبيلي وغيرهم واستعرف الخالف في رهن العبد المسلم أو المصحف  
عند كافر على يد مسلم وقد عطف المصنف بان الوصلية للتنبيه على اندراج هذه المسائل التي هي في  
محل الخفاء في اطلاق قوله ولا ما لا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً فان كون المرتهن ذمياً قد  
يتحيل بسببه صحة الرهن لان مقصوده عائد عليه وليس كذلك لان الرهن انما يصح اذا كان للرهن  
سلطنة ملك على الرهن أو مافي حكمه كالمستعار وكذلك لو كان الراهن عبداً لمسلم وهو ذمي فان يده  
يد موله وكذا لو وضع المسلم الحر على يد ذمي لان الذمي حينئذ وكيل المسلم فيده يده وفي بعض  
النسخ أو الرهن عند المسلم بحذف ألف الراهن وقراءة عند بالنون لكن هذه العبارة حينئذ قبح اذ  
ليس هذا فرداً خفياً فان جعل الحر مرهونة عند المسلم ليس أخفى ليعطف على المعطوف بان ولو  
ضم اليه وضعها على يد ذمي لوجب اسقاط ان الاخرى ولو أنه قال وان كان المرتهن ذمياً والرهن عند  
المسلم على يد ذمي الى آخره لكان أولى كذا قال في (جامع المقاصد) ونحوه ما حكى عن ابن المتوج  
والمناسب في مقابلة كلام الشيخ أن يقرأ الراهن عند المسلم باثبات ألف الراهن ونون عند لكن يرد  
عليه ما ذكر أخيراً وهو سهل وقد يرشد اليه قوله على رأي وقد يكون عائداً الى الجميع قوله ﴿

﴿ ولا الارض المفتوحة عنوة ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد  
والتذكرة والدروس) وغيرها مع التعبير في أكثر هذه بأرض الحراج ولعله ليشتمل الارض التي  
صولح اهله على ان تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الحراج وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب  
البيع بما لا مزيد عليه وهذا يصح تفريعه على الثاني لعدمه واحتمال كونه من باب بيع ما يملك وما لا  
يملك مردود بانتفاء العلم والقدرة مع عدم امكان الاجازة وتفريعه على الرابع لعدمها أي اعلم  
والقدرة قوله ﴿ ويصح رهن الابنية والاشجار فيها ﴾ كما في (الشرائع والتحرير والتذكرة  
والدروس وجامع المقاصد ونجم البرهان) مع التقييد في الاربعة الاخيرة بما اذا لم يكن البناء معمولاً من  
تراها واليه أشار في (المبسوط) في أرض الوقف وقد يقال بالجواز في ذلك كما هو ظاهر اطلاق الماهين  
عملاً بما استمرت عليه السيرة من بيع الارياق والمجملات والحبوب والسبح الحسينية على منه ما  
السلام وغير ذلك مما يعمل من تراها فتأمل وظاهر العبارة وما كان نحوها كصريح التذكرة  
والتحرير أن الارض لا يصح رهنها معها فان فعل جاء حكم تبعض الصفقة مع انه في بيع التذكرة  
والسكاب حوز بيعها معها ولا أجد فرقا الا ان الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين فلا يصح بيع  
الارض فتأمل اوان الاخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقاً فنزلت على ما اذا تصرف فيها  
بهما ولم يرد هناك شيء من الاخبار لكن ذلك لا يصلح للفرق لان ما جاز بيعه جاز رهنه وقد بينا في  
باب البيع أنه يجوز بيعها بالتبع واستوفينا الكلام في ذلك الباب بما لم يوجد في كتاب وفي (الدروس)  
لو قلنا بملكها تبعاً لهما جاز رهنها وهو خيرة المسالك قوله ﴿ ولا رهن الطير في الهواء

ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر فأن وضعهما (وضما خ ل) على يد مسلم فالاقرب الجواز وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ولا رهن الوقف (متن)

ولا السمك في الماء ﴿ كما ﴾ (في الشرائع والارشاد) وفي حواشي الكتاب اذا جرت عادة الطير بالرجوع الى البرج يصح رهنه وكذا السمك في الماء اذا كان مملوكا محصورا وقبضه ممكن ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك وتام الكلام في باب البيع ولعل هذا منهم مني على اشتراط القبض ولولم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع وتوهم تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه يندفع بإمكان الصلح عليه وكلية ما صح بيعه صح رهنه ليست منعكسة كلياً عكسا لغويا وقد تقدم مشله في الدين فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر وان وضعهما على يد مسلم فالاقرب الجواز ﴾ وفي (المبسوط والشرائع) انه اولى ونحو ذلك ما في الارشاد وشرحه لولده والايضاح والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام والروضة واستحسنه في المسالك واستظهره في مجمع البرهان وقال فخر الاسلام في (شرح الارشاد) والشهيد في حواشي الكتاب الا أن يكون المرتهن وكيفا في البيع فانه لا يصح ولم يرجح في التحرير وحكى المنع من ذلك في المختلف عن بعض علمائنا وقال انه اولى وهو ظاهر ابن الجنييد حيث قال فيما حكى عنه ولا اختاران يرهن الكافر مصحفا ولا ما يجب على المسلم تعظيمه ولا صغيرا من الاطفال ومنع في (التذكرة) من رهنهما عند الكافر وقضيته الاطلاق قرينة ما ذكره من طريق الشافعي فيكون مخالفا للكتاب وقد استوفينا الكلام في باب البيع (حجة القول بالجواز) ان المقضي موجود والمانع موقوف اذ لا مانع الا الكفر وهو أما يمنع اذا اسلمت تبوت سبيل له لكنه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس بتملك ولا يستلزم استحقاق تملك وما يستلزم منع المالك عن التصرف وذلك لا يستلزم سبيلا للغير لانه مسموع ايضا ويستلزم ايفاء دينه من ثمنه ولا ريب انه يجوز ايفاء دين الكافر من ثمن المصحف والعبد ويستلزم ان يباع في دينه والائع هو الوكيل والحاكم وعلى كلا التقديرين هو ليس بسبيل كما لو مات ولم يخلف غيرها او ححر عليه لدين الكافر وليس له سواهما وقد اشكل الفرق على صاحب الحدائق وشيخنا صاحب الرياض بين ما نحن فيه وبين ما اذا رهن الذمي الحمر عند المسلم على يد ذمي والفرق واضح كما اشرفنا اليه آها لان الرهن يؤول بالآخرة الى بيع الحاكم ولا يجوز له ان يبيع الحمر وله ان يبيع المصحف والعبد المسلم وفي (المبسوط) أن أحاديث النبي وأهل بيته صلى الله عليهم بمنزلة المصحف وفي (التحرير) أن الاقرب كراهية رهن الاحاديث وكتب الفقه ولا بد أن يلحظ المقام في باب البيع وفي رهن السلاح من الحربي احتمالان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ﴾ ﴿ به بذلك على أقاويل للعامة في ذلك ذكرها في التذكرة ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا رهن الوقف ﴾ وان تحدد الموقوف عليه للمنع من صحة بيعه أو لعدم ملكه أو تمام ملكه وعلى تقدير جواز بيعه على بعض الوجوه فان بعضه لا يتعدى بثمنه عن شراء وقف على بعض الآراء وما يباع للحاجة قد يتطرق اليه في وقت الاحتياج الى بيعه عدمها فلا يكون مقصود الرهن حاصلا ولعله لذلك أطلق من تعرض له كالحق في الشرائع والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدرر واطلاق كلامهم في الوقف يهبطه ولو قلنا انه يباع ولا يجب اقامة بدله كما اذا بيع لحرف تلفه مع شدة حاجة أهله كما هو مذهب بعضهم كالنفيد

ولا المكاتب وان كان مشروطا وفي رهن ام الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال  
ومع يساره اشكال ( متن )

والسيد والشيخ في النهاية وأبي يعلى أمكن رهنه وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بما لم يوجد في كتاب  
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا المكاتب ﴾ عند علمائنا سواء كانت مشروطة أو مطلقة لأنها عقدا لم لا يمكن استيفاء الدين  
منه لأنه لا يصح بيعه كما ذكر ذلك كله في ( التذكرة ) وقال نعم لو كانت الكتابة مشروطة وعجز  
فانه يصح رهنه لان للمالك حينئذ فسخ الكتابة وقد يكون الرهن فسخا لها قلت وقد مر نظيره في  
المدبر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي رهن ام الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال ﴾ نسب في  
( الايضاح وحواشي الكتاب ) للشهيد الى الاصحاب المنع من رهن امهات الاولاد وظاهرها الاجماع  
على ذلك ولعلها فهما ذلك من اشتراطهم في الرهن ان يكون مما يجوز بيعه وهو محل تأمل ولم أجد  
من صرح بذلك أي المنع من رهن امهات الاولاد مطلقا غير ابن سعيد في جامع الشرائع والمصنف  
في التذكرة وقد يظهر ذلك من السرائر وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ولم يتعرض لذلك  
في المتعة والمراسم والنهاية والخلاف والوسيلة والجواهر وغيرها بل قد يظهر من موضعين من المبسوط  
وكذا الغنية الجواز على الاطلاق كما حكى عن أبي علي وقد نفى عنه البعد في المختلف وقال في  
( جامع المقاصد ) ان فيه قوة واختير الجواز في ثمن رقبته مع اعسار المولى في ( التحرير والدروس )  
والمنع كذلك بل مطلقا كما عرفت في الايضاح وجامع المقاصد حجة المنع وان جاز بيعها حينئذ  
الاجماع الظاهر من الفخر والشهيد كما سمعت وانه يجوز ايسار المولى فيمنع البيع فتتسفي فائدة  
الرهن كما هو الشار في رهن الوقف عند الاحتياج كما مر لان دوام التمكن من البيع شرط في الرهن  
والا كان كدمه فتأمل فكانت (١) الاولوية التي استند اليها في ( الدروس ) في الجواز وجعلها غيره أحد  
وجهي الاشكال ممنوعة لعدم اطراد الكفاية (٢) في المقام وأما جواز البيع وان كان الاصل عدمه لا تقطع  
اصل الجواز عندنا قطعا فلان مقتضى موجود والمانع بالاعسار للاجماع مفقود ولا كذلك الرهن  
لعدم العلم بفقده المانع لعدم تحقق معقد الاجماع وهو الاعسار الذي هو علة لارتفاع المانع ولا يلزم من  
ذلك أن لا يجوز رهن المرتد عن فطره والجاني لبقاء المالية فيها كما ستسمع واطلاق عبارة الكتاب  
وغيرها يقتضي عدم الفرق بين حيوة مولاه و موته ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع يساره اشكال ﴾ لا تمنع  
البيع حينئذ فيكون جواز الرهن حينئذ ابعد ولذلك جزم في الدروس هنا بعدم الجواز وقال في  
( التحرير ) لو جوزنا رهنها مطلقا لم يجوز بيعها مادام ولدها حيا وبنى في ( الايضاح ) هذه المسئلة على ان  
صححة الرهن هل هي مشروطة بإمكان البيع بالفعل دائما او امكانه في الجملة قال والحق الاول فلا  
يجوز رهن أم الولدها قطعا وجعل اشكال المصنف مبنا على الوجه الثاني قال وعلى الثاني وهو  
مراد المصنف منشأ الاشكال ان الرهن ليس باخراج عن الملك ولجواز الاعسار وجواز موت  
الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعا ومن حيث ان الرهن أثره امكان استيفاء الدين منه أو من ثمنه  
ولا يمكن الا بالنقل عن ملك الراهن الى غيره وكونها أم ولد مضاف له لا يمكن اجتماعه معه وامتناع

(١) يعني اذا جاز بيعها كان رهنها أولى ( منه طاب ثراه ) (٢) أي كل ما جاز بيعه جاز رهنه ( منه )

وفي غير الثمن اشد اشكالا ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان (متن)

الاجتماع مع اللازم أي البيع يستلزم امتناعه مع الملزوم أي الرهن وكونها أم ولد ثابت فيتبني أثر الرهن الى آخر ما قال وفي البناء المذكور نظرا لانه قد توجه منشأ الاشكال مع قطع النظر عن البناء المذكور فنشأ الصحة ان الرهن ليس بيما وقد لا يفضي الى البيع فلا يجب الحكم بطلانه فيما لا يصح بيعه اصلا لا مكان حصول الفائدة منه وهي معنى التوثق بوجه آخر فان المالك اذا صار محجورا عليه في ماله بحيث يمنع من نحو العتق مثلا كان ذلك سببا باعثا له على اداء الدين وزوال الحجر وأما وجه العدم فواضح لكن يضعف وجه الصحة بان المقصود الاصيلي من الرهن استيفاء الدين من قيمته فلا بد فيه من صلاحيته لذلك لانه معرض لذلك وان كان قد يحصل الاداء بوجه آخر وقال الشهيد في حواشيه في قوله اشكل نظر لان افعال التفضيل لا يبنى من رباعي الا ماشد نحو ما أعطاه وما أكرم (قلت) مذهب سيويه وهو الرئيس ان بناء أفعال التفضيل من افعال مقيس وقد قالوا هو أعظم للدراهم وأولاهم للمعروف وأكرم لي من زيد وهذا المكان أقفر من غيره وفي المثل أفلس من ابن المذلق وقد استعمل في الرباعي من غير باب افعال كما في النبوي فهو لما سواه أضيع ﴿ قوله ﴾ وفي غيره أشد اشكالا ﴿ وجه الاشكال اذ كرهناه أو ما ذكر في الايضاح من امكانه بالفعل أو بالجملة وجزم في (الدروس) بانه لا يجوز رهنها في غير ثمنها موسرا كان المولى أو معسرا ووجه الشدة ان امكان البيع ثم أقرب ﴿ قوله ﴾ ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان ﴿ وقال في (الشرائع) يصح الرهن في زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أولهما لا انتقال البيع بنفس العقد ونحوها عبارة اللمعة وقد حملها في الروضة على خلاف المراد منها وقال في (الدروس) رهن ذي الخيار جائز ويكون من البائع فسحا ومن المشتري اجازة عند الفاضلين فراده بذئ الخيار صاحب الخيار على الظاهر وظاهر نسبتها ذلك الى الفاضلين التأمل في ذلك لكنه يحتمل انه متامل في الطرفين أو فيما اذا كان من طرف البائع والظاهر الثاني لانه لا تأمل في ان تصرف المشتري فيما له فيه الخيار التزام واجازة وكانه لذلك قال في (المسالك) لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار ولذلك أيضا نص في التحرير على المشتري وسكت عن البايع واستشكل فيما اذا رهن الموهوب الذي يصح رجوعه فيه قال لو باع عبدا بالخيار له أو لها فرهنه المشتري في مدة الخيار جاز وعند الشيخ لا يجوز بناء على قوله بعدم الانتقال الا بعد الخيار ولو رهنه المشتري في مدة خياره لم يمتنع البيع الى ان قال وكذا لو رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه هل يكون رجوعا اشكال انتهى ويأتي الكلام في الموهوب عند تعرض المصنف له وفهم في المسالك من الشرائع من التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان ثم خيار واستشكل في جواز رهن المشتري لو كان الخيار للبائع أو لها وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البائع قال ومثله بيعه وما أشبهه من الامور الناقلة للملك وقال ويجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لها ويكون فسحا للبيوع ونحن نقول اذا رهنه البائع فاما أن يكون له الخيار خاصة أو للمشتري خاصة أو لها وكذلك الشأن فيما اذا رهنه المشتري فان كان قد رهنه البائع والخيار له خاصة كان ذلك فسحا للقاعدة المشهورة بل الجمع عليها كما بينا ذلك في باب الخيار وهل يصح الرهن حينئذ أولا يصح لان الشيء الواحد لا يحصل به (العقد خ ل) الرهن والفسخ معا قولان أقواهما الاول

ورهن الأم دون ولدها الصغير وان حرمتا التفرقة ( متن )

لان المحصل للنسخ والملك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو المشهور كما بيناه في آخر باب الخيار ايضا ومنه يعرف ما اذا رهنه والخيار لهما وما اذا رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه وأما حيث يرهن البائع والخيار للمشتري خاصة ففيه احتمالان الصحة فيكون كرهن مال الغير يتوقف على الاجازة وعامها لان المشتري قد يمضي فيفوت الوثوق الذي هو مقتضى الرهن فتأمل (وأما) اذا رهنه المشتري والخيار له خاصة فلا ريب في أنه اجازة وفي صحة الرهن كما لو وطئ أو أعتق أو باع وقد حكى على ذلك الاجماع جماعة ولم يتأمل في ذلك أحد الا المقدس الاردبيلي والحراساني كما بيناه في باب الخيار أيضا وأما اذا رهنه المشتري والخيار لهما أو للبائع خاصة فيرشد اليه ما قالوه في باب البيع من انه لو باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع أو خيارها لم ينفذ الا باذن البائع وصرح جماعة في باب الزكوة ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع كالبيع والهبة ونحوهما وقالت الشافعية لا يعمد شيء من هذه العقود مطلقا ولم يقل بذلك أحد منا فيما أجد ولو رهن غريمه المفلس عيه التي له رجوع فيها قبله فالاجود المنع ثم عد الى عبارة الكتاب وظاهرها ان من ثبت له الخيار بالتسركة او لاستقلال يصح له رهن ماله فيه الخيار عند غيرها أو عند أحدهما اذا أمكن وقد احتمل المحقق الثاني في العبارة وحواها ثلثة قال يمكن أن يكون المصدر مضافا الى مفعوله والمعنى يصح رهن ما فيه الخيار فيكون الجار والمجرور متعلقا ببيصح أي يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منهما فيكون المجرور في خبر كان هو المائد وفيه تكلف لان ذا الخيار هو صاحبه فيكون المصدر مضافا الى فاعله أي يصح رهن صاحب الخيار ما فيه الخيار ومتعلق الجار في لايهما محذوف والجار والمجرور في موضع الوصلية وكان فيه ناقصة هي صلة الموصول والتقدير وان كان الخيار لاي المتماقين كان له ويمكن ان يكون متعلق الجار والمجرور محذوف على انه حال من الخيار والتقدير ويصح رهن ذي الخيار ثابتا لايهما الخيار كان والمائد في الموضعين الضمير المجرور في الخبر (قلت) لعل الاولى أولى اذ صدق ذي الخيار على ما فيه الخيار لا يرمى بالتكليف والانكار وأما الثاني ففيه من كثرة الحذف والتقدير ما لا يخفى وأما البالت فلان الحال من المضاف اليه لا تجوز الا اذا اقتضى المضاف عمله أو كان جزء ماله أضيفا أو مثل جزئه والكل مفقود واذا كان المراد بذوي الخيار صاحب الخيار وان كان المراد به ما فيه الخيار فاعله يكون من قبيل مثل الجزء كقوله جل شأنه (ملة ابراهيم حنيفا) لكنه يشمل حينئذ ما لا يراد على انه قد فر في الوجه الاول من ارادة ذلك وقال فيه تكلف وقد يقال ان هناك وجها رابعا خاليا من كثرة الحذف والتقدير والتأخير وهو أن يكون الجار صلة الخيار وكان تامه فيصير المعنى فيصح رهن ما ثبت فيه الخيار لاحدهما (وفيه) انه يشمل رهن عادم الخيار مالصاحبه فيه الخيار مع أمور اخر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ورهن الام دون ولدها الصغير وان حرمتا التفرقة ﴿ هذا فرع على الرابع وقد حكى الاجماع على جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير في التذكرة والايضاح وفي (التحرير) يجوز رهن الجارية وان كان لها ولد صغير اجماعا انتهى ولا يحرم ذلك وان حرمتا التفرقة لان الرهن لا يبعد تفرقة لانه غير مزيل للملك ولا يمنعها الرهن من الرضاع فله أمرها بتعهد الولد وحضاته كما أشير اليه في المبسوط وغيره نعم ان قلنا بجواز بيعها مفردة بعد الرهن احتمال عدم جواز افرادها بالرهن لان ذلك يفضي الى التفرقة المحرمة وقد تقدم في باب البيع ان التفرقة محرمة بالنصوص والاجماع المحكية

وحيثذا اما ان يبيع الأم خاصة ويقال تفرقة ضرورية او نقول يباعان ثم يختص المرهن بقيمة الأم فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنظمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فاذا قيل عشرة فهو جزء من احد عشر (متن)

﴿ قوله ﴾ وحيثذا اما أن يبيع الام خاصة ويقال تفرقة ضرورية ﴿ أي حين رهنا منفردة لان كان جائزا اذا حل الحق وأراد بيعها وقلنا بتحريم التفرقة فان باع المالك فلا اشكال كما في (لايضاح) في وحب الضم وان بيعت عليه جبرا احتل أن يقال تفرقة ضرورية لان علة جواز البيع الرهن وهو مختص بها ( وفيه ) ان الرهن اقتضى بيعها لا بيعها منفردة والتفرقة محرمة بالنص فيجب بيع الولد معها من باب المقدمة لتوقف صحة البيع على عدم التفرقة فيكون استحقاق بيعها مستندا الى الرهن ووجوب بيع الولد مستندا الى تحريم التفرقة ولهذا ترك هذا الاحتمال في ( المبسوط والتذكرة والدروس ) وغيرها نعم جزم به في التحرير ولعله منه بناء على جواز التفرقة لانا ان لم نقل بتحريم التفرقة فان باعها المالك فالأفضل جمعها في البيع ويجوز الافراد وان بيعت عليه كما لو باعها الحاكم في الدين بغير اذنه لتعذر منه مثلا في (الايضاح) أنه يبيعها منفردة قطعا ويبيع في عبارة الكتاب بالنون ليناسب قوله أو قول ويتضح وجه التفرقة الضرورية ويحتمل أن يكون بالياء فيراد الحاكم أو الراهن أو المرهن فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو تقول يباعان ثم يختص المرهن بقيمة الام ﴾ قال في ( المبسوط ) يباعان معا فما قابل الجارية فهو رهن يكون المرهن احق به وهو الذي جزم به في الدروس على التقدير المذكور اي تقدير تحريم التفرقة وقر به في التذكرة وقواه في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنظمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس ﴾ للتقويم على تقدير بيعها معا واختصاص المرهن بقيمة الام ثلاثة أنحاء (الاول) ما ذكره المصنف هنا واحتمله في (الايضاح والدروس وجامع المقاصد) وهو قول الشيخ في المبسوط حكاه عنه في الدروس من انها تقوم منفردة عن ولدها ذات ولد فتنتظر قيمتها منفردة لتعلق حق المرهن بها لا بولدها وقيمتها مع الولد فما زاد على قيمتها حال الافراد يكون للراهن والقيمة للمرهن وهذا التقويم بعد البيع فاذا قيل قيمتها منفردة ذات ولد مائة وقيمتها وقيمة الولد مائة وعشرون فظاهر ان قيمة الولد سدس وهو العشرون لانها سدس المائة والعشرون وكان الاولى للمصنف ان يقول فتقوم منفردة ذات ولد لانها على تقديره تقل قيمته لمكان اشتغالها بالحضانة كما ان الاولى ان لا يقول منظمة بل يقول قيمتها وقيمة ولدها لان قيمتها منظمة مائة وتسعة وعشرة اجزاء من احد عشر جزء من عشر جزء كما سنسمع ( الثاني ) ان يقوم كل واحد منهما وحده فتقل قيمة الولد لانه يكون ضائما يحتاج الى من يريه ويؤخذ من الثمن بالنسبة ولم يذكر في التذكرة والتحرير غيره وهو الظاهر من المبسوط وقد سمعت مافي الدروس في ( الايضاح ) انه الاصح واليه اشار المصنف بقوله ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا الى آخره وكان الاولى ان يقول وقيمة الام منفردة كما اشرنا اليه وبيانه انه اذا قيل بعد بيعها معا بمائة وعشرين وتقويهما بمائة منفردة ان قيمة الولد منفردا عشرة قيمته جزء من احد عشر لان المجموع احدى عشرة عشره والعشره جزء الاحدى عشرة عشره وقد زادت القيمة مع الانضمام عشرة فلا بد ان نجعلها احد عشر جزءا فأخذ من كل درهم جزءا فيحصل عندنا عشرة اجزاء فأخذ جزءا من هذه الاجزاء العشرة ونضعه على حده فبقي من هذه

فروع (الاول) يصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره (متن)

الاجزاء تسعة مجموعها درهم الاجزأ فاذا ضمناه الى العشرة دراهم التي اخذنا من كل واحد منها جزأ يحصل عندنا احد عشر درهما كل درهم ناقص جزأ فنأخذ من هذه للعبد درهما الا جزأ هو تسعة اجزاء والباقي للام ومجموعه تسعة تامة ثم يرجع الى الخبر الذي وضعناه على حده فنقسمه احد عشر جزأ للولد جزء والباقي للجارية فتكون قيمة الولد عشرة دراهم وتسعة اجزاء درهم وجزء من احد عشر جزأ من عشر درهم وقيمة الام مائة درهم وتسعة دراهم وعشرة اجزاء من احد عشر جزء من عشر درهم وقد قال في (جامع المقاصد) ان قيمة الام مائة وتسعة وجزء من احد عشر جزأ من درهم فليتأمل وناقش في تقييد هذه الزيادة وادعى انها للمالك لان الرهن اما تعلق بالجارية منفردة فتكون له قيمتها كذلك وأطال في بيان ذلك (وفيه) أنا نقول على تقدير تحريم التفرقة كما هو المفروض انه قد أخذ في رهنيتها بيعها مع ولدها فكانه رهن عنده يبيعها مع ولدها الا ان نقول انه رهن عنده ذلك لاعلى سبيل الاجتماع بل على سبيل الانفراد وربما يقال ان المتبادر الاجتماع نعم المناقشة تتوجه على القول الآخر (الثالث) من أنحاء التقويم ما احتمله في (الدروس) وهو ان يقوموا جميعا ثم يقوم الولد منفردا من دون تقويم الجارية منفردة فيقال قيمته منفردا عشره ومع امه خمسون فقيمه الخمس وبقي هناك شيء آخر وهو انه لم لا يباعان كل منهما بانفراده لرجل واحد فلا تفرقه ولا تقويم الا ان يقال ان الغالب الاسهل الصمد قال في (التذكرة) الاقرب بيعها معا لان الجمع بينهما في العقد ممكن ثم قال بعد ذلك فاذا بيعا بماصفتة واحدة اثلا يقع التفريق المنهبي عنه ولم يزد على ذلك قوله ﴿ ويصح رهن المشاع ﴾ كافي (المنفعة والنهاية والميسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغنية والسراير وجامع الشرائع والسرايع والنافع) وسائر ما تأخر عنها وفي (الخلاف والغنية والتذكرة وظاهر الدروس) الاجتماع عليه وفي (التذكرة) أيضا يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه أو من غير شريكه وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده أو حصته من الدار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع انتهى وظاهرها أيضا الاجتماع على جواز رهن المشاع من دون اذن الشريك حيث قال ولو لم يأذن الشريك فكذلك عندنا ونسب الخلاف الى أبي حنيفة قال قال أبو حنيفة لا يجوز رهن المشاع من غير اذن الشريك انتهى وهذا غير القبض والاقباض كما ستسمع وقد نسب في الخلاف وغيره الى أبي حنيفة المنع على الاطلاق ومرادهم بقولهم يصح رهن المشاع ورهن المشاع جائز انه يصح رهن الجزء المشاع (حجة) الاصحاب بعد الاجتماع المعلوم الاصل والعموم واحتج الكوفي بأنه لا يمكن قبضه وهو خطأ صرف وبأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصة الشريك وليس كالبيع فانه اذا باع زال ملكه فكانت المقاسمة مع المشتري والاصل والعموم والاجماع منا ومنهم حجة عليه وبيان ما استند اليه من الفرض المذكور ما اذا رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة فاتفق وقوع ذلك البيت في حصة شريكه وأما حكمه فيحتل أن يكون اتفاق حصوله في حصة الشريك كاتلاف الراهن فتلزمه القيمة أو كتلف الرهن من الله سبحانه وتعالى فلا تلزمه أو يبنى الحكم على الاختيار والاجبار فان كان في القسمة مختارا فهو كالاتلاف والا وكاتلاف والاول أولى لانه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه وهو خيرة التذكرة والدروس

ويكون على المهايأة كالشركاء (والثاني) يصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال (متن)

(ومما ذكر) يعلم حكم مقاله المصنف أو بعضه على الشريك وغيره وقد سمعت اجماع التذكرة المنطبق على ذلك اذا عرفت هذا فهل يتوقف الاقباض على اذن الشريك في المنقول وغيره كما هو خيرة التحرير والدروس واللمعة لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يعتد به شرعا او انما يتوقف على اذن الشريك في المنقول كالجواهر والسيوف كما هو خيرة المبسوط وكأنه مال اليه في الروضة لانه في غير المنقول لا يستدعي تصرفا بل رفع يد الراهن عنه خاصة وتمكنه منه وقد يتوهم من كلام التذكرة انه لا يتوقف على اذن الشريك مطلقا وليس كذلك قطعا وعلى تقدير اعتباره فلو قبضه بدون اذن الشريك وفعل الحرام تم القبض على الاصح لان التهيي انما هو لحق الشريك فقط للاذن من قبل الراهن الذي هو معتبر شرعا وفي (الروضة) انه أجود ولو رضي الشريك بعد القبض تم كما صرح به في اللمعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويكون على المهايأة كالشركاء ﴾ الظاهر انه عطف على قوله يصح والضهير اما للجزء المشاع أو لرهن ذلك الجزء المشاع وقد يشعر ذلك باشتراط القبض في تحقق الرهن كما عليه جماعة والانساب بمدد المصنف في جميع كتبه من أن القبض ليس بشرط فيه أن يكون مبنيا على مطوي في الكلام تقديره واذا قبضه يكون على المهايأة فتأمل وكيف كان فلما كان القبض في رهن المشاع بتسليم الكل أرد أن يبين انه اذا حصل القبض جرت المهايأة بين المرتهن والشريك جريانها بين الشريكين ولا بأس بتبعض اليد بحكم الشيوع فلا يدافع الرهن بتبعض اليد كما لا يدافعه استبراء الراهن المانع فان تشاحوا ولم يتهاوا أخذ الحاكم وجعله عند أمينه قالوا ويكره لهم ويتعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة ولتكن مدة الاجارة لا تزيد عن اجل الحق فلو زادت بطل الزائد ويخير المستأجر الجاهل الا أن يجيز المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال ﴾ قال في (التذكرة) المرتد اما أن يكون عن فطرة أو لاعن فطرة والاول يجب قتله في احوال ولا تقل توبته عند علمائنا ثم انه اختار فيها ان المرتد عن فطره لا يصح رهنه وهو خيرة في المختلف وكانه ال اليه في الايضاح أو قال به وفاقا لابي علي فيما حكى لانه في كل آن يجب اعدامه ويتعين اتلافه بانتفاء غاية الرهن وهو الوثوق لان الرهن يقتضي وحب البقاء الى حلول اجل الوفاء وهذه الردة تقتضي في كل آن كما عرفت وجوب القتل ان أمكن أو دفعه الى السلطان فحصل التضاد بين الحكيمين لاختلاف مقتضى الامرين ولان المرتد بمنزلة مالا نفع فيه أو بمنزلة غير المملوك أو بمنزلة المستحق للغير ولا نسلم أنه يجوز بيعه لانه لا يقبل التطهير كما سنسمع سلمنا لكننا نفرق كما في (الايضاح) بينه وبين الرهن لجواز الاتفاع به في البيع منفعة حاله بخلافه ها قد يظهر من المحكي من كلام أبي علي انه خارج حينئذ عن الملك الا أن تقول ان المفروض انه قد فات السلطان ولم يتهاى من يقتله كما في هذه الازمان ولم يخرج بها عن الملك فجاز رهنه للاصل والعموم ولا معارض الا الارتداد الذي قد عرفت حاله ولانه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق اولي أو تقول ان رهنه حينئذ كرهن المريض المأبوس من برته فجاز رهنه وان وجب قتله في كل آن لان المانع انما هو القتل وهو غير موجود ولا معلوم الوجود فلا مانع حينئذ بل المانع متوقع الوجود فهو كرهن المريض ولعله لذلك اطلق في المبسوط وجامع الشرائع جواز رهن المرتد بحيث يشمل ما كان عن فطره وصرح به فيه في الشرائع والتحرير والارشاد



والجاني عمدا او خطأ ( متن )

وشرحه لفخر الاسلام وحواشي الكتاب واللمعة والروضة وغاية المرام ومجمع البرهان واستجوده في المسالك وفي ( جامع المقاصد ) انه اقوى ولم يرجح شيئا الشهيد في الدروس بل اقتصر على نقل الاقوال ويظهر من جامع المقاصد ان جوازيه مما لا ريب فيه عنده لانه قال في وجه الاشكال منشأته من جوازيه فيجوز رهنه بطريق أولى ولم اجد بذلك مصرحا من اصحابنا نعم حكى ذلك في التذكرة عن العامة حيث نقل عنهم انهم استدلوا على جواز رهنه بجوازيه والمولى الاردبيلي خص جوازيه في الدين وهو مطالب بالدليل والعموم لا يجدي ما سئمت من كل من قال بجواز رهنه قد يقال ان ظاهره حوار بيه وليس كذلك اذ قد سمعت ماحكينا عن الايضاح وقد استشكل فيه في جوازيه كوالده في التذكرة وقد ذكرنا في باب المكاسب عن الاصحاب ان كل نجس لا يقبل التطهير لا يجوز بيه وقلنا ان القول بجواز بيع المرتد عن فطرة ضعيف جدا وان من جوز له لعله بناء على قبول توبته كما هو خيرة بعض من تأخر وقلنا ان المعروف من مذهب الاصحاب عدم جواز بيه ثم انا قد لانسل جوازيه العبد المريض المأبوس من برئه المشرف على الموت قبل حلول اجل الدين كما سئمت ولو كان المرتد عن فطرة امة او كان الارتداد عن ملة ففي ( الروضة ) أن الامر واضح لعدم قتلها مطلقا وقبول توبته قلت وكذلك لو كان خنثى وقد صرح بجوازيه المرتد لاعتق فطرة فيما منع فيه من رهنه أو استشكل فيه كالتذكرة والمختلف والدروس وقد ينزل اطلاق المبسوط وجامع الشرائع على ذلك بل كلام المبسوط في مطاويه كالظاهر في ذلك وقد يكون المصنف مستشكلا فيه ايضا لان المي قد لا يتوب فلا تحصل فائدة الرهن وهو الوثوق الا اني لم اجد مصرحا من الاصحاب بعدم جوازيه المي وكلام ابي علي يحمل على الفطري فتكون الكلمة متفقة على الجواز فيه اي المي فليتأمل قوله ﴿ والجاني عمدا او خطأ ﴾ كافي ( الشرائع والتذكرة والتحرير والارتداد والتلخيص والمختلف وشرح الارشاد لفخر الاسلام والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان ) وهو ظاهر اطلاق جامع الشرائع حيث صحح رهن الجاني وحكى هذا القول في المبسوط بلفظ القيل لبقاء المالية وان استحق العائد القتل ولجواز العفو ( وفيه ) ان المالية معرضة الزوال باسترقاق المحني عليه له او بقدر الحناية في الخطاء وفي العمد باستحقاق القتل والاستناد الى احتمال العفو ضعيف والشرائط التي اعتبرت في الرهن كالمالية والملكية وصحة بيه وقبضه انما اعتبرت لتحصيل الوثوق لانفسها فلا التفات اليها اذا تخلف عنها الا ان تقول ان المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد فليتأمل وتجويز البيع لمكان امكان حصول المقصود منه وهو الانتفاع به بخلاف الرهن ولذا قال الشيخ في ( المبسوط والخلاف ) ببطلان رهن الجاني سواء كانت الحناية عمدا او خطأ قال لانها ان كانت عمدا فقد وجب عليه القصاص وان كانت خطأ فليسه ان يسلمه الى من جنى عليهم فانها تتعلق برقبة العبد والسيد بالخيار بين ان يسلمه لبياع في الحناية وبين ان يفديه فايها فعل فالرهن على البطلان لانه وقع باطلا في الاصل ولا يصح حتى يستأنف انهمى وهو موافق لقاعدة الرهن مضافا الى ان الحناية العارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المحني عليه فاذا وجدت اولا منعت من ثبوت حق المرتهن فتأمل ( وقد يحتاج ) المشهور بان الحناية



بل يتسلط المجني عليه فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والاقفي المقابل ( الثالث )  
لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل قبل الثمن رهنا صح وان  
شرط منعه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا ( متن )

رقبته لمكان الرهن ويحتمل بقاء تخييره لامكان اداء الدين من غيره فهو قادر على الدفع وهذا الوجه  
لا يتوجه في البيع وستسمع ما توجه به كلام المصنف فجعلها من سنخ واحد كما في الروضة غير جيد  
قوله ﴿ بل يتسلط المجني عليه ﴾ اي عليه ان امتنع المولى من فدائه وكأنه كره التكرار في  
لفظ عليه فاكفى بواحد ووجهه ان محل الحناية باق والجناية لا تنافي الرهن ولهذا اذا اجنى بعدما  
رهن تعلقت به الحناية ولم يبطل الرهن وليس رهنه كعتقه اذا صححنا عتقه لانه ابطال لمحل الجناية  
كالبيع عند جماعة فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والا فني المقابل اي وان لم يستوعب  
الارش القيمة بطل الرهن في مقابلة الارش لان العين رهن وقد تعلق حتى آخرها مقدم عليه فان  
استوعبها بطل الرهن وسقط وان بقي منه شيء مثل العشر مثلا كان ذلك رهنا ولا فرق بين العمد  
والخطاء قوله ﴿ ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل الثمن  
رهنا صح ﴾ كما في ( المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد  
والمسالك والروضة ) وهو قضية كلام الغنية والسرائر وظاهر غاية المرام الاجماع عليه حيث قال  
قطعا ووجه انه شرط يحصل معه المقصود من الرهن فيبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهنا فان امتنع منه رفع  
المرتهن امره الى الحاكم ليبيعه او يأمره به فان تعذر جاز البيع دفعا للضرر والحرج واحتزوا بقولهم  
قبل الاجل عما اذا كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمتنع وكذا لو كان حالا  
لامكان حصول المقصود منه ويجب على المرتهن السعي على بيع ما يفسد حيث صح رهنه بأحد الوجوه  
لمراجعة المالك أو الحاكم فان ترك مع امكانه ضمن الا ان ينه المالك فينتفي الضمان وقد نبه على هذه  
المفروغ جماعة ولو امكن اصلاحه بدون البيع كتجفيفه كما في العنب والرطب صح رهنه قولوا واحدا  
كما في المسالك ولم يحز بيعه بدون اذن المالك وموثة اصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان فالمراد بما  
يسرع اليه الفساد في المسئلة المفروضة مالا يمكن اصلاحه بتجفيفه وفي ( الدروس ) انه لو توم فساده  
فهو اولي بالصحة ويبيع عند الاشراف على الفساد قوله ﴿ وان شرط منعه بطل ﴾ اي  
ان شرط منعه من بيعه بطل الرهن كما في ( المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد ) وهو قضية  
كلام الغنية والسرائر والشرائع لانه لا ينتفع به المرتهن فلا يحصل معه المقصود من الرهن قلت  
الصحة محتملة كما في المسالك لما ستسمعه فيما اذا اطلق من انه يجبر على بيعه قوله ﴿ وان  
اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا ﴾ هذا حكاية في ( المبسوط ) قولوا وقال انه لا دليل  
عليه ونسبه في الدروس الى الفاضلين والموجود في الشرائع الاقتصار على نقل القولين كما صنع  
هو في الدروس وكما في التحرير ولم يذكر في النافع وقد وافق المصنف هنا وفي التذكرة ولده  
في الايضاح على الظاهر والتبديدان في اللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني والصميري لان المقصود  
من رهن العين انما يتحقق على هذا التقدير فيجب المصير اليه صيانة لتصرفات من له اهلية التصرف  
عن الفساد مع امكان تهزيبها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب المجاز أو حمل على مالا

ولو طرأ ماعرضه للفساد فكذلك (الرابع) لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر (متن)

يدل عليه العقد فان عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع لان الغرض الاصلي من الرهن استيفاء الدين من ثمنه وقال الشيخ في (المبسوط) وان أطلق ذلك لم يجز الرهن وهو قضية كلام الغنية والسرائر ونسبه في (الدروس) الى كتابي الشيخ ولم أجده في الخلاف والنهاية لان الاجبار على البيع اجبار على ازالة ملكه وبيع الرهن قبل حلول الاجل وذلك لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب فاذا ثبت انه لا يجبر على البيع فالرهون لا يملك استيفاء الحق منه فلم يصح عقد الرهن كما لو رهن عبدا علق عتقه بشرط يوجد قبل المحل (وفيه) ان في ترك بيعه اضارا بالمالك والمؤمن معا وفي بيعه احسانا اليهما فوجب البيع جمعا للعتق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طرأ ماعرضه للفساد فكذلك ﴾ كما في (التذكرة) والدروس وجامع المقاصد) وظاهر الايضاح الاجماع عليه قال لو طرأ على الرهن ماعرضه للفساد كعتق الخنطة وجب بيعه وجعل الثمن رهنا قطعا ولعله أراد اذا خيف عليه الفساد فتأمل وفرضها في (التذكرة) فيما اذا ابتلت الخنطة وتعذر التجفيف والفرق بينه وبين ما سبق ان المتضي لطر والفساد فيما سبق موجود وقت الرهن وفي هذا طار بعده والطارى لا يساوي المقارن ومن ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلّف الرهن متلف وهي دين ولا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع ويتعلق بثمنه ونظيره في البيع اباق العبد فانه يمنع من بيعه واذا طرأ لم يوجب الانساخ هذا اذا طرأ ذلك بعد التمسك وأما اذا طرأ الفساد قبل القبض فاظهار البطلان ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر ﴾ اذا نذر عتقه صح اجماعا سواء علقه على وقت أو وصف مثل أن يقول لله علي ان أعتقه ان دخل رأس الشهر أو ان جاء زيد او أطلقه كقوله لله علي أن أعتقه أو قيده بالتعجيل مثل قوله لله علي أن أعتقه الآن وعلى كل واحد من هذه التقادير لا يخرج ملكه عنه بالنذر بل بنفس الاعتاق فان كان التذمر مطلقا أو مقيدا بالتعجيل لم يجز له رهنه لتعلق حق العتق به ووجوب اخراجه عن ملكه فينافي جواز رهنه الذي يقتضي وجوب ابقائه في دين المرتهن محفوظا عليه حتى يستوفي منه أو من غيره وان كان مقيدا بالوقت أي الشرط فقد تردد فيه المصنف هنا وولده في الايضاح على الظاهر والشهيد في الدروس ولم يتعرضوا لما اذا علقه على الوصف كما اذا علق عتقه على دخول الشهر وقرب في (التذكرة) جواز رهنه في الوصف أو الشرط لكنه قال انه لا يباع لو حل الدين قبل الوصف أو الشرط لانه وان لم يخرج عن ملكه بالنذر الا أنه قد تعلق به حق الله تعالى وبيعه مبطل لذلك الحق وجبى النظر في الدروس من بقاء الملك واصالة عدم الشرط ومن ان سبب العتق سابق والشرط متوقع (ثم قال) فعلى الاول لو وقع الشرط وعتق خرج عن الرهن ولا يجب اقامة بدله اذا كان المرتهن عالما بحاله والا فالاقرب الوجوب واعترض في (جامع المقاصد) على الاستاذ في العدم الى أن الشرط متوقع بان توقع خروجه عن ملكه بسبب يتجدد لا يجمع صحة الرهن كما لو رهن مريضا لان المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد ولا أثر لما يمكن تجرده من المنافيات (قلت) قد عرفت في رهن الجاني ان اعتبار الشروط لمكان الوثوق لا لها نفسها فتأمل (ثم قال) ان التحقيق ان المسئلة مبنية على ان من نذر أن يفعل فعلا عند شرط أو غدا هل يحث بفعل ما ينافي ذلك قبل الغد كما لو نذر أو حلف لياكلن هذا الطعام غدا هل يحث باتلافه الآن أم لا للاصحاب في ذلك قولان ثم قال ان الاحوط التمول

(الخامس) لو رهن عصيرا فصار خمرًا في يد المرتهن زال الملك فأن أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده (متن)

بعدم الصحة ووجه ابتناء هذه المسئلة على تلك انه على تقدير الحث يكون بيع العبد ممنوعا منه فيمتنع الرهن لانتهاء مقصود الوثيقة حينئذ وعلى العدم لأثر للمنافي الذي تجرده ممكن لكن المصنف في نذر الكتاب والشيخ في المبسوط وابي سعيد في الجامع والشرائع وغيرهم قالوا لو حلف لياكل هذا الطعام غدا فأكله أو بعضه اليوم حث لتحقق المخالفة لان التوقيت كما يقتضي نفي الفعل فيما بعد الوقت المقدر يقتضيه قبله فكأنه حلف أن لا يأكله قبل الند ولا بعده فكما يحث بالتأخير يحث بالتقديم وللعمامة قول بالأبطل وقد احتمله بعض الاصحاب لانه اذا وقت اليمين لم يجب عليه الوفاء قبل الوقت وحين حضر كان قد اتنى متعلق اليمين ومبنى القولين على ان اليمين هل يقتضي الامر حالها بالايقاع اذا حضر الوقت أو لا يقتضيه الا اذا حضر والحاصل اننا لم نجد المصرح بالخلاف في مسئلة الخلف بل من لم يحكم بها وهو أقل قليل بل ما بين محتمل أو مستشكل كبعض من تأخر كالشهيد الثاني وربما بنى الحكم فيها على المسئلة الاصولية وهي ان المكلف اذا علم انتفاء شرط التكليف هل يحسن تكليفه قبل مجيء غد أولا نعلي الاول يحث وتجب الكفارة والبناء غير صحيح وعندنا انه لا يحسن التكليف ولا الاضطرار عدالعلم بانتفاء الشرط وفي (الايضاح) ان مبنى مستثناعلى مستثنى (الاولى) انه لا يجوز بيع هذا المندور عتقه أم لا (الثانية) هل يشترط امكان البيع في صحة الرهن أم لا ﴿ لو رهن عصيرا فصار خمرًا في يد المرتهن زال الملك ﴾ يصح رهن العصير اجماعا كما في (المبسوط والندكرة) وخوف تغييرها لا يمنع من صحة الرهن كما يجوز رهن المريض فلو صار خمرًا بعد تسمق الرهن زال الملك وانفسخ الرهن كما في (المبسوط والشرائع والندكرة) والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) وقل في (الخلاف) يجوز امساكه للنحل والتحليل ولا يجب اراقته لانه لا خلاف في جواز التحلل والتحليل وعن أبي الصلاح انه ان صار خمرًا بطلت وثيقة الرهن ووجب اراقته وهو شاذ وتأت في (الندكرة) معنى قولنا يبطل الرهن لانريد به ارتفاع أثره بالكلية والا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الحجرية ثابتة قلت يريد ان العلاقة باقية لمكان الاولوية ففي الحفيفة الرهن والملك موجودان بالقوة القرية لان تحلله متوقع وانما الرائل كونه ملكا ورها بالفعل لوجود الحجرية المنافية لذلك فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك أو بطله فان عاد خلا عاد الملك والرهن كما استسمع ونظيره ما اذا أسلمت زوجة الكافر فانه تخرج من حكم العقد ويحرم عليه وطؤها فاذا أسلم الزوج قبل افضاء العقد عاد حكم العقد وكذلك اذا ارند أحد الزوجين وليس اقلابه خمرًا كارتداد العبد حتى نقول ببقاء الملك لان المرتد يصح التصرف فيه فلم يخرج عن الملكية ولا كذلك الخمر وكأنه لما ذكر قال المصنف زال الملك فيما اذا صار خمرًا ولم يقل بطل الرهن ومع الاراقة حكم يبطلان الرهن فأشار بذلك الى أن أثر الرهن لا يضمنحل بالتحجير بالكلية ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده ﴾ أي ان كان مستروطا في بيع كما اذا باع أو اشتري بشرط رهن له فعرض للرهن التخخير في يده فانه لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط فيه بحصول التلف في يده كما في (الندكرة والمسالك) وكذا التحرير وقد يعطى التعليل انه لو تلف في يد الراهن يتخير في البيع

فأن عاد خلا عاد الملك والرهن ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في المبيع المشروط فيه فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض في الرهن ولو جمع خمرًا مراقا فتخلل في يده ملكه ولو غصب خمرًا فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك ( متن )

وليس كذلك بل الحكم فيه انه اذا تلف في يد الراهن قبل القبض فان قلنا بأنه ليس شرطًا كما هو خيرة المصنف في الكتاب فالحكم كذلك لعروض البطل بعد تمام الرهن وان اشترطناه تخير المرتهن في العقد المشروط فيه كما ستسع ذلك قريباً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان عاد خلا عاد الملك والرهن ﴾ كما في ( المبسوط والجواهر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ) وهو معنى قوله في الارشاد وعاد رهنًا وقوله في الشرائع عاد الى ملك الراهن لانه اذا عاد الى ملكه عاد الرهن بحاله لانه تابع للملك كما صرح بذلك في ( المبسوط ) فاندفع عنها اعتراض المسالك وقد سمعت ماحكي من كلام أبي الصلاح ووجه الحكم المذكور ظاهر مما مر فلا معنى لتأمل المولى الاردبيلي فيه وقد يشبه بما اذا مجددت بينة لمن ماتت بينته وقد عرفت ان له نظائر ( ومنها ) أيضا ما اذا اشترى المرتهن عينًا من الراهن بدينه فانه يصح ويبطل الرهن فاذا تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن عند جماعة وكذا لو قبضه ثم تقايلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في المبيع المشروط ﴾ كما في ( التذكرة ) حيث قال بطل الرهن وكان للمرتهن الخيار في البيع الذي بشرط فيه والذي ينبغي كما في ( جامع المقاصد ) أن يكون هذا منزلا على اشتراط القبض في الرهن اما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له وبمثل ذلك صرح في التحرير قال لو رهنه عصيرا فصار خرا قبل القبض بطل الرهن ولا خيار للمرتهن في البيع الذي شرط فيه ارتهانه عندنا ومن شرط القبض أثبت الخيار ومثل ذلك قال في المسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان عاد خلا تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض في الرهن ﴾ لان الرهن قد تم لعدم توقف تمامه على القبض ولم يبطل بالكلية بمجرد صيرورته خمرًا كما عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جمع خمرًا مراقا ملكه ﴾ كما في ( المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ) وهو الذي قواه في التحرير بعد الاستشكل وفي ( الشرائع ) في كونه ملك الثاني تردد ولعله لخروجها عن ملك الاول بصيرورته خمرًا وقد خرجت عن أولوية اليد باراقها فانتهى تعلقها به بالكلية لانه أسقط حقه منها وأزال يده عنها ومن ان الجامع للخمر ممنوع من ذلك ومحرم عليه ويده لا تثبت عليها فلا يصح تملكه بذلك قولكم الاول أسقط حقه ليس بصحيح لانه فعل الاراقة التي أمره الشارع بها ( وفيه ) انا نمنع منه من الجمع على تقدير ارادة التحليل وانما نمنع على تقدير ارادة استعماله خمرًا ونمنع كون يده لا تثبت عليها على تقدير ارادة التحليل ولا نعني باسقاط حقه الا اراقها وعدم امساكها والجامع لا يملكها الا بالجمع بل يكون أحق باليد فاذا صارت خلا في يده فقد تجدد له الملك بالاستيلاء على المباح كالاصطياد فقد تحصل انه ان جمعه الثاني بنية التخليل ملكه والا فالاول أحق به لانه قبضه قبضا منها عنه والاول يده أسبق فتأمل جيدا ويقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غصب خمرًا فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك ﴾ كما في ( المبسوط والايضاح ) وغصب الكتاب لانها قد خرجت عن ملك المصوب منه ولم يطمته وقد حدثت ملكيتها في يد الغاصب فكيف له كسائر المباحات وهذا انما يتم اذا لم تكن محترمة ووجه احتمال كونها للملك ان يد الغاصب يد عدوان وهذه هي عين

أما لو غصبه عصيرا فصار في يده خمرا ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكة (السادس) يجوز أن يستعير مالا ليرهنه (متن)

ملك المالك فتكون له وهو خيرة غصب (التذكرة) وقد يلوح منها الاجماع حيث قال هذا مذهبنا وفي غصب (الخلاف) نفى الخلاف عنه والتحقيق كما في موضعين من جامع المقاصد انها ان كانت محترمة كالتخذة للتخليل وخر القمي المستر فاما يتصور فيها الغصب وسلطنة المصوب منه ثابتة عليها يكون الملك فيها بعد العود خلا للمالك الاول ويجب عليه ردها وبالتخليل يضمن المثل لو تلفت وان كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغصب ولا بقاء السلطنة ولا وجوب الرد فالمالك المتجدد لا آخذون تمام الكلام في باب الغصب واعلم أن في (التذكرة وجامع المقاصد) وكذا المسالك أن الخمر قسمان محترمة وهي التي اتخذت للتخليل فان ابقاؤها لذلك جائز اجماعا ولانه لولا احترامها لادى ذلك الى تعذر اتخاذ الخمر لان العصير لا ينقلب الى الحموضة الا بتوسط الشدة فلوم تحترم وأريقت في تلك الحال لتعذر اتخاذ الخمر وكلامهم هذا قد يعطى انه مامن خل الا ويصير خمرا قبل انتهاء الحموضة وهو قضية كلام جماعة من المتقدمين كما بيناه في رسالة العصرة في العصير وبيننا فيها أيضا معنى العصير وانه غير خاص بما استخرج مائه وأما غير المحترمة فهي التي اتخذت لغرض الخمرية وهل تجب اراقتها للشافعي فيه قولان وعندنا تجب اراقتها كما في التذكرة فلوم ترقبها حتى تخللت طهرت عندنا قوله ﴿أما لو غصبه عصيرا فصار خمرا في يده ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكة﴾ بلا خلاف كما في (غاية المرام والمسالك) ويرد معه ارض النقصان ان قصرت قيمة الخمر وهل يجب دفعه الى المصوب منه اذا صار خمرا في يد الغاصب الظاهر ذلك لبقاء الاولوية لا يمكن ارادة التخليل الا أن يعلم منه ارادة الشرب ويجب على الغاصب أيضا رد مثل العصير كما هو واضح فان صار خلا في يد المالك وجب عليه رد المثل على الغاصب لان الاجزاء عين ماله والمانع من ملكتها الخمرية وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وان حدث له صورة أخرى نعم لو نقص وجب الارش وقد استوفينا الكلام في باب الغصب (وليعلم) أن الخمر قد يذكر كما في (القاموس) وغيره فلذا ذكر المصنف والشيخ في المبسوط والمحقق والشهيد الضمائر في هذه المباحث ولا ريب انها تؤنث وان تأنيثها سماعي ولم ينسب انكار التذكير في (المصباح المنير) الا للاصمعي بل ظهر الكتاب المذكور انها على حد سواء قال الخمر معرفة ويذكر ويؤنث فيقال هو الخمر وهي الخمر وقال الاصمعي الخمر أنثى وأنكر التذكير انتهى ولم يتعرض في (الصحاح) لشيء منهما وكيف كان فلا تنبغي المبادرة الى الانكار على أساطين الاصحاب والاشارة الى التذكير خلاف الصواب قوله ﴿

﴿يجوز ان يستعير مالا ليرهنه﴾ لا أجد خلافا في ضحة هذا الرهن الا من ابن شريح حيث قال فيما حكى عنه على القول بأنها عارية لا يصح رهنه لانها غير لازمة ولعله غير مخالف في أصل الحكم ولذلك قال ابن المنذر فيما حكى عنه انه اجماع كل من يحفظ عنه العلم انتهى وفي (المسالك) أجمع العلماء على جواز رهن مال المير باذنه على دينه في الجملة ومثله ما في المفاتيح وفي (مجمع البرهان) لا شك في أنه جائز مجمع عليه وقد اختلفوا في سبيل هذا العقد فعدنا كما في موضعين من التذكرة أن سبيله سبيل العارية وبه صرح في المبسوط وعارية التذكرة أيضا وكذا جامع الشرائع وعارية التحرير وهو ظاهر أكثر الباقيين وحكاها في (الايضاح) عن والده والمحققين وحكى في (المبسوط) قولاً بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال

فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن (متن)

وهذا حكاية في التذكرة عن بعض الشافعية ومعناه ان سيد العبد ضمن دين الغير في رقبة ماله من غير تعلق بالذمة وهذا المعنى فاسد لانه لو قال التزمت دينك في رقبة هذا العبد بطل كما سنسمع الا أن يقال في توجيهه كما في (الدروس) أن المير أناب المستعير في الضمان عنه ومصرفه هذا المال وجه الاول انه قبض مال غيره لمنفعة نفسه منفردا بها فكان عارية كما لو استعاره للخدمة وان الضمان انما يثبت في الذمة ولا يثبت في رقبة العبد كما قلتم لانه لو قال التزمت دينك في رقبة هذا العبد بطل ولا استبعاد في افضاء العارية الى اللزوم كاعارة الارض للدفن والجنح للبناء وقد لا تقول باللزوم كما سنسمع ووجه الثاني قياسه على ما لو أذن لعبد في ضمان دين غيره فصح الضمان مع فراغ الذمة وكما ملك الزام ذمة العبد دين الغير له أن يملك الزامه غرما له والجامع كون كل منهما محلا للحق والتصرف ولان الحق المتعلق بالذمة ينبغي أن يتعلق مثله بالرقبة كالمالك والاولى أن يستدل له بأن العارية تقتضي استيفاء المنفعة مع بقاء العين ولا تقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد ومنفعته بيع العين واخراجها عن الملك فباين العارية وان شابهها صورة ولا مانع بعد قيام الاجماع على الصحة من استعمال الشارع صيغة عقد في آخر وأما ما استدلوا به (فيه) أن يمنع فراغ ذمة المولى في المقيس عليه والضمان عندنا مستقل بنفسه يتعلق بالذمة لا بالمال وثمره هذا الخلاف كما في المبسوط والدروس في أنه هل يجب ذكر قدر الدين وجنسه وحلولة أو تأجيله أم لا قال في (المبسوط) من قال انه ضمان قال لا يجوز الا أن تكون هذه الاشياء معلومة لانه لا يجوز ضمان مال مجهول ومن قال هو عارية جوز مع الجهالة لأنه يجوز أن يستعير عبدا للخدمة ويستخدمه فيما شاء من الاعمال ولا يجب ذكر المدة فيه ونحوه ما في الدروس لكن حكى في التذكرة عن الشافعي القائل بالانه ضمان انه قال لا بد من ذكر هذه الاشياء لاختلاف أغراض الضمان (الضامن خل) لاحتمال ان يرهنه على أضعاف قيمته وعلى مدة تزيد على عمره وهو غرر عظيم وقد جعل في المبسوط أكثر فروع هذه المسئلة من ثمرات الخلاف (منها) ما اذا رهنه على دين مؤجل قال قلايس لمالك العبد اجباره الراهن على الفك على القول بالضمان كمن ضمن ديننا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله لبراء ذمته وان قلنا انه عارية كان له مطالبته بفكها لان العارية لا تلزم (ومنها) ما اذا باعه المرهن بأقل من ثمن المثل مما يتغابن بمثله قال فعلى العارية يرجع بقيمة تامة وعلى الضمان يرجع بما يبيع به وكذا اذا يبيع بأكثر منه فعلى الضمان يرجع بالجميع وعلى العارية يرجع بقدر قيمته (ومنها) أيضا ما اذا رجع عن الاذن بعد القبض كما يأتي بيان ذلك كله بحول الله وقوته ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن ﴾ اذا أذن في الرهن فان سوغ له الرهن كف شاء جاز للراهن أن يرهنه على أي مقدار شاء وعند أي مرتين شاء وكيف شاء من حلول أو تأجيل أي أجل شاء كما صرح به جماعة لأن تعميم هذا النوع من التصرف يجري مجرى التنصيص على كل واحد من الجزئيات وان خص البعض وعم الباقي يخص ما خصه ولا يجوز له النجواز الا مع العلم برضا المالك والغبطة له وساغ التصرف في الباقي كيف شاء كما سيأتي بيانه وان أطلق الاذن ولم يقيد بتعميم ولا تخصيص احتمل الجواز للاطلاق وانتماء التنصيص لعدم الاولوية بالبعض دون البعض فيتمخير كما لو عمم وهو خيرة التحرير وجامع الشرائع في آخر كلامه وظاهر اطلاق الشرائع والارشاد والامعة ومجمع البرهان وصرح المبسوط



فأن خالف فللمالك فسخه والا فلا ولو رهن على أقل صح وعلى أكثر يحتمل البطلان  
مطلقا وفيما زاد (متن)

ولدروس ان جعلناه عارية كما سمعت آفا وسمعت ما حكاه في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه  
ضمان ثم ان الظهور من اطلاقات الكتب الاربعة ليس بالمكائنة منه واحتمل البطلان والمنع لما فيه  
من التغرير بالمالك لاحتمال أن يرهنه على أضعاف قيمته والى مدة تزيد على عمره ولا غرر أعظم من  
ذلك فلا بد من ذكر هذه الاشياء كما هو ظاهر الكتاب في الباب والعارية وصريح التذكرة في  
المقام والعارية وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج وفي (المسالك) انه أولى ولم يرحح في الروضة  
ولا عارية التحرير ثم انه في التذكرة ذكر الثلاثة التي في الكتاب وزاد الصفة التي هي غير صفة  
الحلول أو التأجيل ان كان قوله وغيرها بالثنية وان كان بالتأنيث يكون زاد الصفة وغيرها كتميين من  
يرهن عنده لا شتر الك العلة لاختلاف الناس في ذلك اختلافا شديدا وان كان حكى فيها عن العامة  
خلافها فيه ولم يفت بشيء وحكى عن ابن المتوج أنه لا بد من تعيينه وفي (جامع المقاصد) لا بأس بوجود  
تعيينه وزدت الصفة في المسالك والروضة على تقدير احتمال الوجوب ويبقى الكلام في قول المصنف  
فيما بعد ولو لم يعين تخيير الراهن فان ظاهره المخالفة لما استظهرناه منه هنا ومن العبد جدا أن يقال ان  
التعيين واجب ولو أدخل به تخير تمسكا بظاهر الاطلاق فيكون جميعا بين الكلامين فانه جمع غير  
واضح وقد يكون مراد المصنف أنه يجب التعيين اذا علم من حال المالك ارادته وبدوته حيث يقع  
باطلا وان لم يعلم حاله ولم يعين تخيير فيكون موافقا للقول الآخر فتدبر بل قد نقول ان مراد الجمع  
ما عدا بعضا انه انما يجب الذكر والتعيين فيما يعلم من حال المالك ارادته دون غيره كما ينبي عنه متمسك  
بما اذا أذن له في الرهن على مائة عند من شاء وكيف شاء لم تجزاه مخالفته وكذا لو عين المدة أو غيرها  
ويكون ذكرهم الثلاثة أو الاكبر بناء على الغالب أو على التام فليحفظ ذلك وقد يرشد الى ذلك  
عدم ذكر جماعة للمرتن والصفة قوله ﴿فإن خالف فللمالك فسخه﴾ كما في (الدروس وعارية  
التحرير) وفي (المبسوط وجامع الشرائع) ليصح واوله بناء في المبسوط على ما يختاره من عدم صحة الفضولي  
وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) كان فضوليا وفي (التحرير) لا تجوز المخالفة وفي (التذكرة)  
الامع العبطة وفي (التحرير) انه لو أذن في الحال فرهن في المؤجل لم يصح قوله ﴿والا فلا﴾  
هذا قد يعطى بأن العارية للرهن لازمة من دون توقف وقوله فيما يأتي قريبا وقبله اشكال يقتضي  
التردد في كونها لازمة (ويجواب) بأن النسخ بمعنى الرجوع في الاذن غير الطالبة بالمك لان المطالبة بالمك  
لاتنافي لزوم الرهن كما ستسمعه عن جماعة والمحقق الثاني في آخر المسئلة فهم اتماني بين المتامين وستعرف  
حقيقة المال قوله ﴿ولو رهن على أقل صح﴾ كانه مما لا خلاف فيه وبه صرح في (المبسوط  
والشرائح وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس) وغيرها لتبوت الاذن في الاقل بطريق أول  
قوله ﴿ولو رهن على أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد﴾ اذا رهنه على أكثر مما أذن له في رهنه  
عليه فقد احتمل المصنف البطلان بمعنى عدم اللزوم بدليل ما سبق فيما لو خالف المأذون فيه وهو خيرة  
الدروس على الظاهر وحكاه في المبسوط. عن بعض الناس لانه تصرف غير مأذون فيه وأما احتمال البطلان  
فيما زاد فهو خيرة المبسوط وكذا التحرير على اشكال له فيه واحتمله في الدروس ولم يرجح في التذكرة

ولو لم يعين تخير الراهن في رهنه بما شاء عند من شاء الى اي وقت شاء وللمالك مطالبته  
بالتك عند الحلول وقبله اشكال ( متن )

وجامع المقاصد شيء منها كالكتاب وفي بعض نسخ جامع المقاصد يجب أن يستثنى من هذه المسئلة ما لو  
رهنه بالزائد وبكل جزء منه فانه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الاذن والزائد موقوف ويكون موضع  
الوجهين ما اذارهنه على الجموع ثم انه استشكل في الصحة لانا اذا قسطنا الاجزاء على الاجزاء يكون بعضه  
رهنًا بالمأذون فيكون خلاف الاذن لان الاذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه وفي نسخة أخرى المتجهاته ان  
رهن على الاكثر وعلى كل جزء منه يصح في المأذون فيه وبطل في الزائد وجها واحدا وان رهن على الاكثر  
مقتصر على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا ونحن نقول اذا رهن على الاكثر وكل جزء منه احتمل الوجهين  
البطلان في الجميع لمكان المخالفة كما لو باع الوكيل بالغيب الفاحش كما اذا باع ما يساوي مائة  
بخمسين فانا لا نقول انه يصح من المبيع في القدر الذي يساوي الثمن وهو نصفه مضافا الى تبعض  
الصفقة على المرتهن فقد صح أن يكون موضع الوجهين ما اذا رهنه على كل جزء جزأ والوجه الثاني  
البطلان في الزائد ووجه شبهه بالمأذون وغير المأذون ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعين تخير الراهن ﴾ هذا  
نقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمالك المطالبة بالملك عند الحلول ﴾ على القولين كما في ( المبسوط  
والتذكرة ) فكأنه اجماعي ولا فرق بين أن يكون مؤجلا فيحل أو حالا من أصله كما في  
( المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس ) لانه لم يدفعه ليملكه المستعير بل لينتفع به ويرده والعارية  
وان لزمنا بالنسبة الى الرهن عند القائل بذلك لكن لزوما غير مانع من المطالبة بالتك بعد الحلول  
فقد وجد مقتضي وانتهى المانع لمكان الاستصحاب وعلى القول بالضمان فلضامن أن يطالب المضمون  
عنه بنفسه كما ليخلص نفسه من الضمان اذا ضمن بأمره وكان مال الضامن حالا كل ذلك مع قدرة  
المدين وعقارة الكتاب كالمبسوط وجامع الشرائع والروضة والمسالك ان المطالب بالتك انما هو  
الراهن وهو ظاهر اطلاق التحرير والدروس وقد يقال انه اذا حل الاجل وأمهل المرتهن الراهن  
ان للمالك أن يقول للمرتهن اما أن ترد مالي علي أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيك الرهن كما اذا  
ضمن ديننا مؤجلا ومات الاصل فللضامن أن يقول اما أن تطالب بمحكك من الشركة أو تبرئي  
﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله اشكال ﴾ كما في ( التلخيص ) يتأ من أنه عارية فله المطالبة متى شاء لان ماهية  
العارية تقتضي عدم اللزوم وهو خيرة المبسوط والتذكرة في المقام كما يظهر لمن تدبر والسرائر  
وجامع الشرائع وعارية التحرير والتذكرة ومن انه أذن في عقد لازم فلزم لان الاذن في عقد لازم  
يوجب على الاذن الوفاء به فليس له المطالبة قبل الاجل لمافاته لمقتضى الرهن المأذون فيه وهو خيرة  
التحرير في المقام وجامع المقاصد وظاهر المسالك والروضة وعارية الايضاح وحواشي السهيد ورهن  
المفاتيح واستشكل في عارية الكتاب وهذا بناء منا على كونه عارية وعلى فرض اجابة المرتهن للمتمسه  
من قبول قبض الدين والتك قبل الاجل أما الثاني فواضح وأما الاول فلأن أصحابنا على انه عارية  
فكيف يبنى اشكالهم على رأي غيرهم فليلاحظ ذلك وستسمع الكلام في بيان الثاني مستوفى وأما على  
القول بأنه ضمان فلا مطالبة له قبل الاجل كما اذا ضمن ديننا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله  
لأبراء ذمته وفي ( المبسوط والتذكرة ) بين الجواز وعدمه على القول بالعارية والضمان ولما كان خيرة

وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما بيعت به  
وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا ( متن )

الكنايين انه عارية نسبنا اليها الجواز وكذلك صنع الشهيد في الدروس حيث نسب اليها الجواز على  
انه في موضع آخر من التذكرة صرح بالجواز وقضية كلام المبسوط والتذكرة وكل من قال بالجواز  
ان العارية غير لازمة وان ذلك لا ينافي لزوم الرهن وفي ( جامع المقاصد ) بنى الاشكال على ما بناه عليه في  
المبسوط ثم حقق انه عارية لازمة وفي ( الايضاح ) في المقام كلام كأنه غير ملتزم الاطراف عند  
امعان النظر فيما وجه به الاشكال وبنى البحث عليه ﴿ قوله ﴾ وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم  
فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما بيعت به ﴿ كما في ( جامع الشرائع والتحرير والتذكرة  
ولدروس وجامع المقاصد وجمع البرهان ) وهو خيرة المبسوط عند ملاحظة أطرافه قطعا وهو الذي فهمه  
مولانا المقدس الاردبيلي من عبارة الارشاد وعبارة الشرائع مثلها كما ستسمعها وهو خلاف ما فهمه منها  
في المسالك كما ستسمعه وبيان ذلك انه اذا باعه على وجه يصح بوكالة أو استئذان من المالك  
أو الحاكم فان باعه بقيمته رجع المالك بذلك على القولين كما في ( التذكرة ) وان بيع بأقل من ثمن  
المثل بما لا يتغابن بمثله بطل وان كان مما يتغابن بمثله صح وضمن النقيصة فيرجع المالك بتمام القيمة  
على القول بالعارية لان بيعه بأقل من القيمة كان لاجل مصلحة الراهن في وفاء دينه وأما القول  
بالضمان فلا يرجع الا بما بيع به لانه لم يقض من الدين الا ذلك القدر والضمان انما يرجع بما غرمه  
فتأمل فيه وان بيع بأكثر استحقه لانه ثمن ملكه لان العين باقية على ملكه الى زمان البيع وقال في  
( المسالك ) في ترح قوله في الشرائع ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان المطالبة بما بيع به لا يتصور بيعه  
بنقصان عن قيمته فعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنه يرجع بأكثر  
الامر ين لا يهاهما امكان بيعه بدون القيمة وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب فيها فيزيد  
عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريمه لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله وربما  
فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في  
ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد مما بذل فيه ويشكل بأن المعترف في القيمة ما يسدل في  
ذلك الوقت لا ما يمكن فان كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواء والا لم يصح  
"بيع انتهى ( وفيه ) ان من الذي يسوغ بيعه به ما اذا باعه مما يتغابن به ولسنا نريد بالاقلص أكثر من  
ذلك فلم يكن هناك اشكال ( واورد في جامع المقاصد ) اشكالا وهو ان البيع اذا كان برضا المالك  
لم يستحق الا الثمن والا كان باطلا ( وأجاب ) بان خصوص ذلك البيع ليس برضا المالك لانه صار حقا  
لازما باذنه حتى لو صرح بعدم الرضا لم يعتد به فيجب حينئذ ان يضمن له كمال حقه حذرا من الضرر  
ولا يخفى ان ضمان القيمة حيث يكون الثمن أقل منها انما هو في القيمي فلو كان أقل منها في المتلي  
فالضمان بالمثل ﴿ قوله ﴾ وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا  
القبض شرطا ﴿ كان الاولى ذكر هذا عند قوله وللمالك المطالبة فيقول بعد ذلك وله الرجوع ويحتمل  
من ذلك انتظام أحكام المرتهن في سلك واحد وقد حكى الاجماع في التذكرة على ان للمالك  
العبد الرجوع في الاذن قبل الرهن ولا ريب ان له الرجوع بعد العقد وقبل الاقباض ان قلنا انه شرط

ولو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه (متن)

في الصحة أو اللزوم كما أطلق في الكتاب وغيره ووجه ظاهر وأما إذا قلنا انه ليس شرطا أو كان الرجوع بعد العقد والقبض فلا يصح له الرجوع على القول بالضمان وكأن العامة لا يختلفون في ذلك وأما على القول بالعارية فكذلك كما في (المبسوط والسراير والتذكرة والتحرير واللمعة والمسالك ولروضة) وهو قضية كلام الدروس لانه لا دليل على فسخ العقد بعد لزومه قوله ﴿ لو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه ﴾ كأن الكلمة متفقة على سقوط الضمان عن المرتهن لو تلف في يده قال في (المبسوط) لو هلك عند المرتهن أو جنى فباع في الجناية ضمنه الراهن على القول بالعارية لاعلى القول بالضمان وقضيته ان لا ضمان على المرتهن مطلقا ونحوه ما في التحرير حيث قال لو تلف في يد المرتهن غير تفریط رجوع على الراهن بالقيمة وينفي الضمان عن المرتهن صرح في عارية الكتاب وفي (الشرائح والارشاد) ضمنه الراهن بقيمته ان تلف ومن المعلوم انه في يد المرتهن غالبا فيكون تلفه في يده وقد قيد في المسالك عبارة الشرائع بما اذا كان بعد الرهن وفي (اللمعة) يضمم الراهن لو تلف وقضيته ان المرتهن لا يضمن وقيدها في (الروضة) بما اذا كان بعد الرهن وفي (الدروس) اقتصر على نقل كلام المبسوط وفي (المسالك) لا يضمن المرتهن غير تفریط وفي (التذكرة) لو تلف في يد المرتهن فان كان غير تفریط فلا ضمان عليه لان المرتهن أمسكه على انه رهن لاعارية والمرتهن أمين لا يضمن ما يلف في يده من الرهن وهذا كله يشهد لما فسر به السيد عميد الدين عبارة الكتاب قال السيد في (كنز الفرائد) مراده انه لو تلف الرهن للمستعار في يد المرتهن فاقرب الوجهين انه لا ضمان على المرتهن لانه أمين لا يضمن الا بالتفریط وأضمنهما الضمان لان العارية للرهن مضمونة ويد المرتهن مترتبة على يد الراهن المستعير وهي يد ضمان فتكون المرتبة كذلك وقال في (الايضاح) هذه المسئلة موضع اشتباه قال المصنف قدس سره لي في الدرس حيث حققت البحث عليه ان هذه المسئلة فرع على قوله وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال وتقريره ان بعد الحلول اذا كان الراهن موسرا فللمالك الزامه بالافتكاك فان جعلناه عارية أو غلبنا عليه العارية كاختيار والدي والمحققين فهل له الرجوع فيها قبل الافتكاك قيل نعم لان العارية ماهيها تقتضي عدم اللزوم فاذا رجع قيل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المديون بماله أو يرهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله اذ قبض المرتهن مبني على ايمارية وقد بطلت فاذا أهمل المرتهن وأمسك الرهن في يده ضمن والاقوى انه ليس له ذلك لانه أذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن وهو الاقرب بل هو الاصح فهذا وجه قول المصنف فالاقرب سقوط الضمان عنه (قلت) اذا لم يكن له الرجوع ولا مطالبة المرتهن فلا وجه لاحتمال الضمان على هذا التقدير فلا معنى لتخصيصه بترتب الحكم عليه الا أن يقال ان بناء الاقرب على ثبوت الرجوع و - ان المطالبة ومقابله يعني غير الاقرب مبني على عدم ذلك فيكون الاقرب مبنيا على اللزوم ومقابله على عدمه فلم يكونا من واد واحد ثم قال في (الايضاح) وأما قبل الحلول فعلى تقدير ان يدفع الراهن هل يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لانها عارية لا تلازم فلا يلزم المبنى عليها والاصح انه لا يجب فعلى الاول يعني وجوب القبول اذا لم يأخذ المرتهن المال فتلّف الرهن في يده ضمن وعلى الثاني لا يضمن وهو الاصح (قلت) اذا لم يجب القبول لم يبق احتمال لغير الاقرب الا ان تقول ان الاقرب مبني على

ويضمنه المستعير وان لم يفرط بقيمته (متن)

وجوب القبول وغير الاقرب مبني على عدم الوجوب كما مر مثله في ما بعد الحلول ثم ان وجوب قبول الدين قبل الاجل لا قائل به الا من شذ من تأخر عن تأخر كما عرفت وان اراد وجوب قبول رهن عوض الرهن (ففيه) ان العارية ان كانت لازمة لا يجب وان لم تكن فجواز الرجوع ثابت من دون عوض فكيف مع العوض بل لا وجه لتخصيص ذلك بما اذا دفع الراهن لان ذلك جائز دفع او لم يدفع ان كانت جائزة والا فلا على كل حال (ثم قال في الايضاح) قال والذي يمكن توجيه هذه المسئلة بان نقول على القول بانها عارية او الرجوع مطلقا اي قبل الحلول وبعده فلا يبطل الرهن فلا يجوز للمرتهن امسك العين بل يجعلها بقول الحاكم او باتفاقها عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فان لم يفعل المرتهن كان ضامنا (قلت) فتكون العائدة في رجوعه عن الرهن رفع يد المرتهن عن الرهن لا غير وهو يعيد عن العبارة وتكون المسئلة مبنية على أن العارية لازمة أو غير لازمة واحتمال فرض المسئلة فيما لو رضي المرتهن بقبول الدين أو البديل خلاف ظاهر العبارة مع ما فيه من مفسد آخر (وكيف) كان فأقسام المسئلة على هذه الاحتمالات أن يقال تلف الرهن في يد المرتهن اما أن يكون قبل الحلول أو بعده وعلى الاول اما أن يدفع الراهن الدين أولا وعلى الثاني اما أن يكون بعد الافتكك أو قبله وعلى الثاني اما أن يكون المعير قد طالب المرتهن بأن يلزم الراهن بالافتكك فأهل أولا أو يكون قد طالب الراهن بالافتكك وعلم المرتهن ولم يلزمه به أولا يعلم وعلى التقادير اما أن يكون الرهن أزيد من الدين أو مساويا أو أنقص والراهن اما موسرا أو معسرا وعلى التقادير اما أن يكون من باب الضمان أو العارية اللازمة أو غير اللازمة مع لزوم الرهن أو عدم لزومه ولما كان فرض المسئلة في عدم التفريط لم يتوجه التفرغ للتشقيق فيه فعلى القول بأنه من باب الضمان فالظاهر أن لا ضمان على المرتهن ولا الراهن أما الاول فظاهر على جميع الاحتمالات وأما الثاني فلاه تلف من مالكة لانه لم يقض عنه شيئا والضامن انما يرجع بما أدى ولم يسمط الحق عن ذمة الراهن كما حكى عنهم ذلك في المبسوط وغيره وأما على القول بأنه عارية فأحكام هذه الاقسام لا تخفى بعد ما ذكرناه عند التأمل التام **قوله** **﴿ ويضمن المستعير وان لم يفرط ﴾** ظاهر (المسالك) الاجماع عليه وقد سمعت كلام الاصحاب وانه ظاهر في ذلك في صدر المسئلة المتقدمة في **﴿ وا بين مقتضى العارية من وجوب الرد وافضاؤها الى التلف بوجوب ضمان العوض وهو صريح الايضاح وجامع المقاصد ولما تيج وي عارية التحرير لم يكن على أحد ضمانه وقد احتمله في لدرس لانها امانة عندها قال الا أن تقول الاستعارة المعرضة للتلف مضمونة (قلت) هو كذلك كما ستمع فيما اذا تلف قبل أن يرهن وفي عارية الكتاب يضمن المستعير في المضمونة وهذا على القول بأنه عارية وان التلف بعد الرهن وأما على القول بالضمان فلا ضمان كما سمعت وظاهر اطلاقهم في المائة انه أي المستعير يضمن اذا تلف في يده بعد فكاه وهو كذلك لما ستمع من ظهور دعوى الاجماع على انه عارية مضمونة والمصنف في آخر كتاب الرهن من التذكرة استترب عدم الضمان لان حفظ العين حينئذ بأذن المالك فصار كالمدين وفيه نظر واضح ستعرفه **قوله** **﴿ بقيمته ﴾** كما (في الشرع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد) وغيرها يوم التلف كما في (المسالك والروضة) و**﴿ جامع المقاصد واحتمل في التحرير ضمانها يوم الاقباض أو بأعلى القيم على اشكال والاصح****

وكذا ان تعذر اعادته ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال ( السابع ) لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين ( الثامن ) لا يصح رهن المجهول ( متن )

انه يضمنه بها يوم التلف لانه باق على ملك الغير وليس بأسوء حالا من الغاصب وتتمام الكلام يأتي في محل آخر وذلك في القيمي لا المثلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ان تعذر اعادته ﴾ لنصب ونحوه كما في ( الشرائع والتحرير ) في أول كلامه والمسالك وظاهر الكتاب والشرائع ان تعذر الرد في حكم التلف مطلقا ما عدا بيعه في الرهن كما هو صريح المسالك وقد صرح في التحرير وفاقا للمبسوط انه اذا جنى العبد وبيع في الجناية انه يرجع بقيمته وهو يوافق اطلاق الشرائع والكتاب ولعله مبني على الغالب من بيعه بقيمته والا فالظاهر أن المالك يرجع بالاكثر من القيمة واليمن فليأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال ﴾ الاقوى انه يضمن كما في ( التذكرة ) في موضع منها وتراعد الشهد وجامع المقاصد وكاد يكون صريح التحرير وهو ظاهر مجمع البرهان لانه عارية مضمونة عندنا كما في التذكرة وقد نص الاصحاب على انها عارية مضمونه كما في الايضاح وذلك يقتضيه انها تضمن بمجرد القبض ولانه قبضها للاتلاف في دينه فهو قبض ضمان فيكون مقتضي للضمان هو القبض لذلك لا الرهن في الدين فكان كالمقوض بالسوم وفي ( المسالك والروضة ) لا يضمن الا بالانريط رقا سميت ما في الدروس وعارية التحرير وفي ( التذكرة ) بعد تسع وعشرين قائمة كما قلناه عنها استقرت عدم الضمان على الرهن في أول عنوان المسئلة ثم استشكل ثم استقرت عدم ووجه انه اذا تلا يضمن الا بالرهن وانه انما يضمن بالتعريض للاتلاف وسببه الرهن والسبب لا يتقدم على السبب وجوابه أن الموجب انما هو القبض على سبيل الضمان كما في كل عارية مضمونة ويزيد أن هذا يشبه بالماوضة كما في الايضاح وما ذكر يعلم لحال فما اذا تلف في يد الراهن بعد فكه وطلب المالك له كما أشرنا اليه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين ﴾ للأصل ولانه منكر لزيادة ما يدعيه المستعير والاصل براءة ذمته من وجوب ابقائه حتى يوفي العشرة وكان الاول أن يجعله تدينا لانه فرع الفرع لافراعا برأسه وقد يستشهد له بالاختبار والاجماع الدالة على تديم الراهن فيها اذا اختلف هو والمرهن في مثل ذلك كأما قال الراهن رهنه بخمسة وقال المرهن بعشرة كما استمع ذلك ان شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا يصح رهن المجهول ﴾ قول في المختلف قال الشيخ لو قال رهنك هذا الحق بما فيه لم يصح ذمه فيه لتجمل به وهذا يشعر بمنع رهن المجهول والاولى عندي المواز عملا بالاصل لدال عليه نعم شرط تعيينه فلو قال رهنك أحد هذين بطل انتهى ( قلت ) نفى في الخلاف الخلاف عن عدم صحه رهنه فيه في الحق وظهر انه اجماع المسلمين كما هو عادته وصرح في ( المبسوط ) في مواضع بعدم جواز رهن المجهول وفي ( التذكرة ) لو كان ما في الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا في الظروف خاصة للجهل على أشكال ويصح الرهن في الباق عندنا وان تفرقت الصفقة اذا كان له قيمة مضمونة، وتحقيق القيمة انهم في حواشيه واقتفاه المحقق الثاني من أن المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها بحيث يمنع من توجه التمصل اليه لا يصح رهنه وما في الحق كالنساءة من المعطوع لا يتوجه القصد اليهما وأما المجهول لا كذلك كهذه الصبورة اذا لم يعلم قدرها فلا بأس به لان عند الرهن ليس من العقود المبيد على

(التاسع) لو غصب عينا ثم باعها أو رهنها أو وهبها أو أجزاها ثم ظهر مصادفة التصرف للملك بمرث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف (العاشر) لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال كموهوب له الرجوع فيه وكالبائع مع افلاس المشتري اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل (متن)

المغابنة لان ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاضين غيب صاحبه لأن الرهن مبني على قبول الغيب لان الراهن مغيبون للمرتهن قال في (التذكرة) الراهن والواهب مغبونان والمتهب والمرتهن مرتفعان ولا خيار لهما عند الروية كما اذا رهنه المالك الغائب أو وهبه له لا تنفاء الحاجة اليه ومعلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين أما لو شرط كل من الهبة والرهن موصوفين في عقد البيع مثلا فظهرت بخلاف الوصف تبت الخيار بالعارض قوله ﴿لو غصب عينا ثم باعها أو وهبها أو رهنها أو أجزاها ثم ظهر مصادفة التصرف للملك بمرث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف﴾ اذا وقع الغاصب بعض هذه ظانا لزومها وعدم توقفها على اجازة المالك ثم ظهر سابق ملكه للعين على التصرف صح وكان القصد الى ذلك كافيا ولا يحتاج الى اجازة كما قلنا فيما اذا شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن وقد سمعت قول المصنف هناك ان له الرجوع كما في بعض النسخ وان كان ممن يعتقد توقفها على اجازة المالك فالظاهر توقفه على الاجازة لانه قصد البيع الموقوف على الاجازة دون المنجز وقد سبق في باب البيع ما اذا باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا ان فيه وجوها ثلاثة وان الاقوى الصحة وأما لو سبق التصرف للملك فعلى المشهور من كشف الاجازة يكون باطلا لتضاد المالكين من شخصين لشيء واحد بعينه وقد تحقق أحد الضدين وهو ملك الغاصب فينتفي الآخر وعلى القول الآخر من أنها نافذة يصح وهل يتوقف على الاجازة احتمالان قوله ﴿لو رهن اله الرجوع فيه قبله لم يصح على أشكال كموهوب له الرجوع فيه﴾ رهن الموهوب في موضع يصح فيه الرجوع يصح كرهن ما فيه الخيار وفاقا للإيضاح والدروس وجامع المقاصد وكذا حواشي الكتاب الاصل ووجود المتضي وانفاء ما يعده الحضم مانعا وعدم الفرق بينه وبين ما فيه الخيار فكما صح فيه صح فيما نحن فيه ولانه يصدق كل ملك يبيع غير من هو له من التصرف فهو ملك لازم ويلزمه بعكس العكس على رأي القدماء كل ما ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف فيه وهو الصحة انه ليس ملكه قبل الرجوع فيه والرهن مشروط بالملك فيتاخر عنه فلو كان علة فيه لم يملكه فيلزم الدور وهو معنى ما يقال ان الرهن موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن الرهن (وقد أجاب) الشهيد عن مثل ذلك فيما اذا باع ذو الخيار ماله فيه الخيار بأنه دور معية كما يبناء في باب الخيارات. عند قوله والاقرب صحة العقود وهو معنى قوله في الايضاح أن الجزء الاول من عقد الرهن علة في الرجوع والمالك ومجموعه علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلا دور انتهى وتأمل ونحن نقول المحصل للفسخ والمالك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو الشأن فيما لو وطئ البائع أو أعتق أو وهب في مدة الخيار فانا لا نقول ان وطئه محرم ولا أول جزء منه وقد استوفينا الكلام في المستئلة في بيع ذي الخيار وباب الهبة قوله ﴿وكالبائع مع افلاس المرتهن﴾ يريد أن البائع لو رهن عين ماله التي وجدها عند المفلس كان الرهن صحيحا لانه برهنه لها قد رجع بها

(الحادي عشر) لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والأقدم حق الديان (متن)

وقسخ العقد وفي بعض نسخ الدروس لو رهن غريمه المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع وهذه غير مانحن فيه وحكمها ان الصحة تتوقف على الاجازة وفي بعض نسخه لو رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع وأولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير الممسوسة وعلى هذه النسخة نطابه بالفرق بينه وبين رهن الموهوب حيث صححه واستجود المنع هنا وهو غير واضح نعم رهن الزوج نصف الصداق المعين قبل طلاق غير الممسوسة غير صحيح بدون الاجازة لان الفسخ هنا لا بد فيه من لفظ الطلاق والشهاد كما هو ظاهر واليه اشار المصنف هنا بقوله اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فانه باطل **قوله** ﴿ ولو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والأقدم حق الديان ﴾ لم يفرق المصنف هنا بين ما اذا استوعب الدين التركة أم لا واطلاقه يفضي بعدم الفرق بين ما اذا كان الوارث مومرا أم لا ووقته المسئلة يتوقف على بيان حال التركة اذا كان على الميت دين مستوعب لها وغير مستوعب وهي من المشكلات التي تعم بها اللوى وقد اضطربت فيها الفتوى حتى من الفقيه الواحد في الكتاب الواحد بل في الباب الواحد كما ستسمع (وتنقيح البحث) ان يقال قد اتفقوا على ان للدين تعلقا بالتركة على انها لا تنتقل الى الغرماء ولا الى الله سبحانه وتعالى لان مصيبتها اوعية المساكين وعلى انها ان لم يكن هناك دين ولا وصية تنتقل الى الوارث بمجرد الموت وعلى ان العاضل عن الدين ان لم يستوعب ينتقل الى الورثة ان لم يكن هناك وصية وعلى ان ما راد عن الثلث ينتقل اليهم وان وصى به اذا لم يميزوا والظاهر انه لا خلاف في انهم اذا اجازوا كان تنفيذها للوصية لاعطية مبتدئة واختلفوا في مواضع (الاول) ما اذا كان الدين مستوعبا للتركة فهل تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة او تنتقل اليهم ويكون تعلق الدين بها كتعلق الارس برهه الحالي فصح للورثة له التصرف ويحتم عليهم اداء الدين المساوي لها او كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم الا مع الاجازة من الغرماء او يكون تعلقا مستقلا برأسه محتملا ان ينفذ تصرف الورثة وعدمه (الثاني) ما اذا لم يكن الدين مستوعبا كما اذا كان اقصى بعد اختلفوا فيما قابل الدين منها فعض على انه على حكم مال الميت وآخرون على انتقاله الى الورثة وأن تعلق حق الغرماء اما كتعلق الرهن او كتعلق الارس كما مر مثله في المسوعب واختلفوا ايضا في الفاضل عن الدين الذي اتفقوا على انه يسئل الى الورثة فبعضهم على انه لا يجوز للوارث التصرف فيه قبل القضا- وانه لا يسقط سىء من الدين بتلف بعض من التركة لتعلق حق الغرماء بكل جزء منها مشاعا لان التركة حينئذ باجمها كالرهن وبعض على انه يمد صرفه في اي فيما راد على الدين وللمصنف في ارت الكتاب مذهب عريب فانه ذهب الى ان التركة تنتقل الى الورثة اذا كان الدين مستوعبا واما اذا لم يكن مستوعبا فما قابل الدين على حكم مال الميت هذا وانفقوا على التقديرين اي الاستيعاب وعدمه على ان الحاكمة للوارث فيما يدعي لمورثه وما يدعي عليه وانه لو افام ساهدا بدين حلف هو دون الديان والظاهر اتفاقهم ايضا كما قيل على ان الورثة اولى واحق بعين التركة ولذلك قال قال بعضهم أن النزاع أننا هو في قيمة التركة لا في عينها والا فالناس مسلمون



على انهم احق بالعين وأنه من هنا نشأ الظن لبعض الناس ان القول بان التركة للورثة مع الاستيعاب هو المشهور بل ظن انه محل وفاق انتهى فليتأمل جيدا في قول هذا البعض (وكيف) كان فاقائل بان التركة تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة الشيخ في الخلاف وكذا المبسوط كما نقل عنه وابن ادريس في وصايا السرائر وباب قضاء الدين عن الميت والمحقق في الشرائع في باب الموارث والقضاء والقصاص والمصنف في الارشاد والشهيد في ميراث الدروس وقد مال اليه اوقال به الفخر في رهن الايضاح ومثله والده في وصايا المختلف وهو ظاهر المقنع والنهاية وفقه الراوندي بل هو ظاهر الخلاف او صريحه في باب الفطرة فيمن اوصى بعد ثم مات قبل هلال شوال ولم يقبل الموصى له الا بعد ان هل فانه قال لا يلزم احدا فطرته وقضية ذلك كما فهمه منه في السرائر انه يبقى تلك المدة بلا مالك وهو مذهب الاكثر كما في المسالك والكفاية والمفاتيح وفي (السرائر) لاخلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه اصول مذهبنا وقد استدلوا عليه باستمرار طريقة الناس على دفع النماء في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون النماء لانكروا عليه اشد انكارا وبقوله جل شأنه (من بعد وصية يوصى بها او دين) ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد اربع مرات وما كانت عادته سبحانه في بيان الاحكام ذلك بل يجمل ويجمل وقال الاردبيلي في اياته قالوا ان قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها او دين متعلق بجميع ما تقدم من اول قسمة الميراث فالملل بمقتضى ظاهر الاية الشريفة اما باق على حكم مال الميت او منتقل الى الغرماء ولا قائل بالثاني فتعين الاول وقد استدل بها جماعة كالشيخ وابن ادريس وفخر الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال الى الورثة والحمل على استقرار الملك او على استقرار الظرف أعني قوله جل شأنه من بعد وصية وجعله حالا من الانصاء المذكورة في الاية الشريفة حتى يكون المعنى اسكل ما وظف له بالفرض او غيره بعد الوصية والكون والتبوت اعم من الملك فيجوز ان يكون المراد ان ذلك يكون لهم بعد الوصية والدين على وجه الاستقرار بعد ان كان متزئلا يدفعه ان ابتدار انما هو الملك والاستحقاق كما في المال لزيد ومن ثم سعى النحاة هذه اللام لام الملك فكيف ينزل قوله تعالى له النصف على ان المراد يستقره ما في ملكه من قبل ان هو الاعراض عن الطاهر الى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب ان الظاهر ان الظرف لغو لا حال من الثلث مثلا ومن هنا يظهر ضعف ما في حرج جامع المقاصد من ان الاية الشريفة انما تدل بمفهوم المخالفة وهو ضعيف انتهى لانه من المنطوق الذي لا يلحظ فيه المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد ومثله كثير كما في قولنا اذا باعك فاشتر واذا سلم عليك فرد عليه السلام فليتدبر في ذلك فقد صح لنا ان نقول ان المعلق في الاية الشريفة اما الملك او جواز التصرف اوهما معا اولا واحدا منهما والاخير باطل قطعا كالثالث لانه يستحيل تعلق الملك على بعدية الدين والوصية مع بقاء جواز التصرف مطلقا اي اي تصرف كان حتى يكون المعنى في احد الوحين انه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين احد الاولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من الكلام وعدم تبادر كون الظرف حالا من الانصاء والتقدم في قواه جل شأنه من بعد هو التقدم الذي اراده المتكلمون وهو ان المتأخر لا يجامع المتقدم ككتفه عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض اجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك او جواز

تصرفه في رهن أو غيره حتى ينتفي المتقدم وتستوع تمام الكلام في الآية الشريفة وقال في (جوامع الجامع) (١) (الاخلاف في أن الدين مقدم على الوصية والميراث وأن قدمت الوصية على الدين فكانه قيل من بعد أحد هذين فإن لفظاً أو لا توجب الترتيب وإنما هي لأحد الشئيين أو الأشياء ولعله أراد أن يراد أو لإرادة بيان التساوي بين الدين والوصية في تقديمهما على الإرث وأن كل واحد منهما مستقل في التقديم لأن أحدهما مقدم لا المجموع وتقديم الوصية إما لأنها مظنة التفريط أو لأن الغالب في أهل الجده وأصحاب الأموال إنما هو الوصية أو لأنه لا ينبغي أن يترك الدين إلى ما بعد الموت واستدلوا على هذا القول بما رواه ثقة الاسلام في باب قضاء الزكوة عن الميت في الصحيح عن عباد بن صهيب الذي وثمه النجاشي والمصنف في الايضاح والظاهر وقوع الاشتباه من الكشي فإن ما في الحديثين من القدر فيه إنما وقع من عباد بن كثير البصري كما يظهر من احاديث اخر مع ان في الحديث الثاني تصرح بما مضافاً الى ان الشيخ في (ست) و (قر) و (ق) لم يتعرض لفساد عقيدته وابن ابي عمير عن الحسن عنه وقال الاستاذ في الفوائد الرجالية لا تأمل ولا شبهة في كون ابن صهيب ثقة جليلاً وكثيراً ما رأينا الكشي يروي الاحاديث الواردة في شخص في آخر لم يشاركته له في الاسم او الكنية او اللقب سلمنا ولكن اقصاه ان يكون موثقاً والموثق حجة عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكوته في حيوته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم اوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يودوا ما اوصى به من الزكوة وهي ظاهرة او صريحة في المراد ولا يقال بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها وبصحة سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في دمه المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين والحمل على استقرار الملك خروج عن الظاهر كما هو الظاهر ولا يخفى عليك ان هذه الأدلة الثلاثة تدل على عدم الانتقال الى الورثة وان لم يستوعب الدين التركة فلي تأمل وقد ذهب ناس الى ان الميت من يملك على الحقيقة كما يبقى عليه الدين بل قيل قد يتجدد له الملك بعد الموت كملكه لديته ولما يقع في شبكته كما هو خيرة وصايا الروضة ومال اليه الفخر في ميراث الايضاح ونسبه الى بعض ولعله أراد المحقق في باب القصاص فيما اذا شهد الزارث على جرح الموروث قبل الاندمال وكانهم استندوا الى انهم اجتمعوا على ان ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له الا الملك والحق ان ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك اي ان الميت في حكم المالك له لعصته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وانى يملك الميت وبالموت تزول عنه الاملاك وما ذكره في وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لا يبقى بلا مالك فلهذا يريد ما اتفق العلماء على نفيه من أنه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والا فكيف يتم له ذلك والا كثرون من القدماء على ان التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط بها الدين اكر كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا يبدله من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل ثم انه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا مملوك انه يشتري من التركة ويعتق ايرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا مالك ومثله مالو أوصى

(١) وبعض الناس يسميه بجامع الجوامع وهو غلط (كذا يحفظ المصنف قدس سره)

بأن يصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الأجر والجص لبناء القناطر ونحو ذلك مما هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة ولم تدر ماذا يقول فيمن مات ولا وارث له الا مملوك ولعله يريد الاتفاق بينه وبين خصمه في ملك الوصية او اتفاقا حدث فيما قارب عصره اكن الشهيد ممن يوافق الخلاف كما عرفت (وأما) القول بأن التركة في الفرض المذكور للورثة فهو خيرة المبسوط على ما وجدناه وجامع السرائع ومواريث الكتاب وقضائه وشفعته ووصاياه وحجره ورهنه كما تعطيه عبارته هنا وقضاء التحرير والمختلف ورهن التذكرة وحجرها وحجر الايضاح ووصاياه وجامع المقاصد في المقام والحجر والوصايا والمختلف أيضا في ظاهره أو صريحه في موضع آخر منه وكذا حواشي الشهيد في المقام والمواريث وقضاء المسالك ومواريثه ومواريث كشف اللثام وظاهر حجر التذكرة الاجماع عليه حيث قال الحق عندنا ان التركة تنتقل الى الوارث وقد سمعت اجماع وصايا جامع المقاصد وربما ظهر من بعضهم انه المشهور وحتهم ان المال لا يبقى بلا مالك وان الاجماع منعقد على انها لا تنتقل الى الغرماء فتعين الانتقال الى الورثة وانها لو لم تنتقل اليهم لما شارك ابن الابن عمه لو مات أبوه بعد جده وحصل الابرء حينئذ والتالي باطل اجماعا فالقدم مثله وان الخائف مع الشاهد انما هو الوارث فلولا الانتقال لسوى الغريم وقد عرفت ما يجب به أهل القول الاول عن الدليل الاول ولعلمهم يحییون عن الثاني بأن الابرء مما يكسف عن الانتقال من حين الموت فتأمل وعن الثالث بأن ذلك لمكان الاولوية والاختصاص بالاعيان فليتأمل (وكيف) كان فعلى القولين يمنع الوارث من التصرف فيها الى أن يوفي الدين أو يأذن الغرماء وقد حكى على ذلك الاجماع في قضاء الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في قضاء دين الميت قال في (الايضاح) أجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرماء ونحوه قال في المسالك وهو كذلك كما يسهد به المتبع لان أصحاب هذا القول يقولون ان تعلق الدين بها تعلق الرهن بالدين كما في المبسوط وغيره وهو الذي جرم به المصنف في ثلاثة مواضع من الكتاب كالمواريث والقضاء والوصايا وانما يترددون في انه كتعلق الرهن أو تعلق الارش فيما اذا لم يستوعب وقل من تردد في الامرين فيما نحن فيه على انك ستعرف فيما اذا لم يستوعب ان جماعة على أن التعلق فيه كتعلق الرهن بل لم أحد مصرحا في المقامين بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد في حواشي الكتاب في باب الحجر عن السيد الرضى رضي الله عنه ولم يظهر من جامع المقاصد في الباب تبعا للكتاب حيث فربا هنا صحة رهن الوارث التركة لکنه في جامع المقاصد رجع عنه في باب الحجر فقال بالمنع فيما اذا لم يستوعب وان كان ربما ظهر منه في اثناء الكلام التردد أو العدول فهنا أولى بالمنع أو التردد والمصنف كانه متردد في الباب المذكور وقد جزم في التحرير عدم صحة الرهن في المقام وقد سمعت ما جزم به في المواريث وغيره بل جزم في المواريث بانه كالرهن فيما اذا لم يستوعب وفي (المبسوط) ذكر الاحتمال في المقام من دون ترحيح وقد سمعت ما حكيناه عنه واستمع ايضا من ان التعلق عنده كتعلق الرهن فيما لم يستوعب وكف كان فالمنع من التصرف فيما نحن فيه اعني مع الاستيعاب مما لا ينبغي الشك فيه على القولين للاجماع المنقوان الذين يشهد لهما التبع وغيره وانما تظهر الثمرة في التام كما صرح به جماعة كثيرون وهو ايضا مما يؤيد الاجماعين المذكورين واما المحاكاة والتخيير في جهات القضاء فانها ثابتان على القولين كما عرفت آنفا وصرح بهما جماعة وليعلم ان الفخر في الايضاح

والمحقق الثاني اختارا ان تعلق الدين بالتركة ليس واحدا من التعليقين وإنما هو تعلق ثالث مستقل برأسه وقد حكي عن الشهيد وحكاها في التذكرة عن بعض العامة ولا فائدة مهمة في المقام تقتضي تحوير ذلك واذ قد ثبت منع التصرف فلو ظهر ان هناك ديناً مستوعبا وقد تصرف الوارث كان تصرفه غير نافذ اذا لم يؤد الوارث ولا كذلك ما اذا حدث دين كأن كان قد باع متاعا واكمل منه فرد بالعيب السابق فالظاهر نفوذه ان ادى الدين والا فسخ المدين التصرف توصلا الى اخذ دينه من تركته وكلام المصنف في هذا الفرع في باب الحجر غير منفتح واما اذا لم يستوعب الدين التركة فقد علمت ان الكلام يقع فيه في مقامين في الفاضل عن الدين وفيما فابله اما الاول في ميراث الكتاب انه يمنع من التصرف فيه وتكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الحجر والرهن والدروس في الارث وجامع المقاصد في موضع من الحجر كما عرفته آتفا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط وقد سمعت ما في السرائر من الاطلاق الآية الشريفة والخبرين المتقدمين وانه لا اولوية لبعض على بعض في اختصاص بالتعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف ولما خرج الميت عن صلاحية استغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن أدائه منه من أمواله لان حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم الانتفاء ولان الباقي اذا تلف قبل القضا ضمن الوارث وهذا يدل على أن التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بداهة حيث تعذر واحتمل في التذكرة نفوذ التصرف فيه اي في الفاضل عن الدين وهو خيرته في حجر الكتاب وقضائه والتشديد في حواشيه على موارث الكتاب والمسالك والكفاية وهو قضية كلام جامع التشرائح بل حريجه في باب الدين للضرر والحرج ولبعد الحجر في مال كثير ليسير جدا وان الحجر انما وقع لاجل الدين وذلك يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس على ذلك ويكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الاكمال فان تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على نقص تصرفه على الاجود ولعله اذا عزل وعين ما يقوم بالدين وزيادة كان أحوط وقد يستدل على ذلك بما رواه المشايخ الثلاثة عن البرنطي باسناده أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال وقد رواه الحر العاملي عن أبي الحسن عليه السلام بهذا المتن وهو صحيح الى البرنطي في طريقي الكافي والتهذيب فيكون صحيحا عند جماعة ممن تأخر لولا الاضمار وروى في الكافي التهذيب عن البجلي عن أبي الحسن عليه السلام بهذا المتن مع تغيير فيه قال كانه سهو من بعض الرواة ويبقى الكلام في الآية التبرفة لانك قد عرفت انها ظاهرة في خلاف هذا القول الا ان تقول ان الاحتمالات في البعديه في قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها أو دين ثلاثة (الاول) ان يكون المراد من بعد وصولها لاهلها فلا يجوز التصرف فيها قبله بوجه من الوجود (الثاني) ان يكون المراد من بعد عزلها وتعينها فلا يجوز قبله بوجه (الثالث) من بعد وجودها في المال الواسع فيجوز التصرف فيما يفضل او في الكل ويكون ضامنا وقد يؤيد الاخير انه ثبت ملك الام التلث مثلا فلها التصرف فيه كيف ساءت وقوله جل شأنه من بعد الوصية والدين لا بد ان يحصل على معنى لا ينافي ذلك وهو الوجه الاخير وقد عرفت ما يؤيد الاول من الخبرين وغيرهما فالقول بالمنع اوفق بظاهر الادلة واسبه باصول المذهب واقرب الى الاعتبار ولا سيما مع الاعسار او عدم الوثوق بالوارث واحوط في الدين والضرر

﴿ الفصل الثالث في العاقد ﴾ ويشترط كفاية الموجب والقابل وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو اصلاح عقاره ( متن )

والحرج يندفعان بالاستيذان من الدين أو الدفع إليه أو إلى الحاكم إن عسر الوصول إليه أو العزل عند الثقة الأمين كما ذكره في باب الدين وقد أوضحنا الحال في ذلك ونحوه عند شرح قوله ولو غاب المدين والاستبعاد لا يصلح أن يكون دليلاً والسيرة سيرة عوام والأفاملاء مختلفون ومضطربون والخبر إن غير صحيحين ولا صريحين لاحتمال حملها على القرض والضرورة مع ما اشتمل عليه الأخير من مخالفة الإجماع كما أشرنا إليه مع أن أصحاب هذا القول ما الموابها ولا وجدت أحداً ذكرها دليلاً وكيف كان فلا ينهضان على مقاومة أدلة القول الآخر وما ذكر في المقامين يعرف حال ما قابل الدين من التركة والحال في الوصية والدين واحد كما في جوامع الجامع وفقه الراوندي وغيرهما مما صنف في آيات الأحكام وبه صرح جماعة في باب الوصايا مستدلين بالآية الكريمة وإن كانوا في باب الدين والرهن والحجر والميراث والقضا إنما تعرضوا لحال الدين وهذه المسئلة قد تعرضنا لها في باب الميراث وأسبقنا الكلام فيها هناك وكذلك في باب القضا وكثير من الأصحاب ما تعرض لها ومن تعرض لها ما أسغ الكلام فيها كما سمعت كلامهم حتى إن أصحاب آيات الأحكام كالراوندي والمتداد والمولى الأردبيلي والمفسرين من الخاصة والعامة كاليضاوي وغيره ما تعرضوا للحكم فيها أصلاً ما عد المولى الأردبيلي فإنه نظر وتأمل واحتمل ثم قال إن المسئلة مشككة ثم أحالها على كتب الفروع وقال إن العلامة اختلف كلامها فيها في القواعد في ثلثة مواضع ﴿ الفصل الثالث في العاقد ﴾ قوله ﴿ ويشترط كفاية الموجب والقابل ﴾ كما هو الشأن في سائر العقود والكفاية بالبلوغ والرشد وجواز التصرف والفصد والاختيار كما عبر بذلك جماعة وفي ( المبسوط والسراير والجامع والسرايع والارشاد ) وغيرها الاقتصاد على كونها جائزي التصرف والحكم في ذلك واضح فلا يصح رهن الصبي والمجنون مطلقاً ومعتوراً ولا الغافل والساهي والنائم والسكران والغائب والهازل ولا المكره المسلوب القصد فإن لم يسلبه فكالمضوي يتوقف على إجازته بعد لا كالصبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتملك الموجب ﴾ قال في ( جامع المقاصد ) لو قال وملك الموجب لكان أولى وأخصر مع أن فيه إيهام الأكفاء بتجدد تملكه ( قلت ) لعله أراد إدراج المكاتب لأنه ليس مال كالمالك الظاهر بل متملك وإدراجه في حكم المالك كالوكيل والولي لا يخلو من بعد فالتملك يشمله والمالك أعلى الاشتراك بمعنىه أعلى عموم المجاز والإيهام المذكور موهوم أو أراد دفع توهم التكرار لأنه لو قال وملك الموجب لربما فهم أنه يشترط أن يكون الرهن مما يملك وقد تقدم حكمه والأمر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو اصلاح عقاره ﴾ أما المستعير فقد تقدم الكلام فيه وأما ولي الطفل ففي ( المسالك ) أنه لا خلاف عندنا في أنه يجوز له أن يرهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع المصلحة والمخالف بعض الشافعية فمنع من رهنه مطلقاً قلت وبه صرح في المبسوط والشرايع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وغيرها وقيد في المبسوط والروضة والرياض بما إذا لم يكن بيع شيء من ماله أعود وفي الأخيرين أولم يمكن وفي ( التذكرة والمسالك ) بما إذا تعذر البيع وفي الأولين والروضة يجب أن يكون على يد ثقة يجوز إيداعه منه قلت ويصح أن يرهن ماله فيما إذا اشترى له بمائة نسيتة

مايساوي مائتين ورهن من ماله مايساوي مائة فان لم يعرض التلف فيه الغبطة الظاهرة وان عرض فلا ضرر مع حصول الغبطة أيضاً كما صرح به في التذكرة وأشار اليه في المبسوط بقي الكلام فيما اذا لم يرض الا برهن تزيد قيمته عن المائة ولم يكن الرهن مما لا يخشى تلفه كالعقار كأن يكون مما يخاف عليه التلف وقد قوى في التذكرة الجواز في موضع يجوز ايداعه وأنت خير بأن الأرهان مانع من التصرف فر بما يتلف فيتضرر به الطفل بخلاف الأيداع فليتأمل وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والدروس) وغيرها انه يجوز لولي الطفل أخذ الرهن له اذا باع ماله نسيئة اذا كان له فيه الحظ ومثله ما في اللعة والدروس والروضة من أنه يصح أخذ الرهن له اذا بيع كذلك أو خيف على المال ونحو ذلك ما في الكفاية ويمكن أن يراد بالجواز أو الصحة المعنى الخاص فلا يجب لاصالة العدم اذا كان الدين في ذمة ملي أو ثقة وجواز ابضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن وكأن المراد به هنا معناه الاعم والمقصود منه الوجوب وبه قطع في التذكرة قال بعد ما حكينا عنه ولو كان المشتري موسراً لم يكتف الولي به بل لابد من الارتهان بالثمن قال ولو لم يحصل أو حصل الظن بيساره وأماتته أمكن البيع نسيئة بغير رهن كما يجوز ابضاع مال الطفل انتهى وفي (المسالك والروضة والرياض) انه يعتبر كون الرهن مساوياً أو أزيد وكونه بيد الولي أو عدل والاشهاد على الحق فلو أدخل بعض هذه ضمن مع الامكان وفي (حجر التذكرة) انه يرتهن به رهناً وافياً فان لم يفعل ضمن وفي رهنها انه لافرق في ذلك بين الاولياء فالاب والجد له والوصي واخاكم وأمينه سواء في ذلك وفي (المبسوط) ان هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير وفي (حجر التذكرة) لا يحتاج الاب اذا باع مال ولده عن نفسه نسيئة أن يرتهن له من نفسه وكذا لو اشترى له سلماً مع الغبطة بذلك والحصل من مجموع كلامهم وما يقتضيه أصول المذهب انه يجوز لولي الطفل مطلقاً الرهن والارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة سواء رهن أو ارتهن مما يخاف تلفه أم لا في بيع أو قرض بل قد يجبان اذا قطع بالتلف أو الذهاب لو لم يرضه أو يرتهن ونحو ذلك ما اذا باع له أو منه نسيئة مع كمال الغبطة كما أشرنا اليه آنفاً اذا لم يحصل الاطمئنان أما لو اطمئن الاثنان لمكان الديانة والملازمة والايمان جاز كذلك من غير رهن وارتهان والعقار بفتح العين (وقد تعرض الاصحاب في المقام لحال اقراض الولي مال الطفل للغير واقراضه منه لنفسه أما الاول ففي (المبسوط) انه لا يجوز له القرض الا في موضع الضرورة كالخوف من نهب أو حرق أو غرق فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة ملي يقدر على قضاءه وزيد في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك وجمع البرهان مع الارتهان وزيد في جامع الشرائع والمسالك والاشهاد وفي (حجر التحرير) ان استرهن كان أحوط وفي (الكفاية) ان الاحوط الاقراض من الثقة الملية والارتهان والاشهاد مع الامكان واقتصر في الشرائع والارشاد واللعة ورهن التذكرة وحجر الكتاب على انه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه ويرتهن وقضية كلام هؤلاء انه مع امكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقة لانضباط الدين بالرهن وصرح بعضهم ان ذلك غير واجب ولا يبعد القول باوجوب اذا ظهرت امارات الخوف بل لا يبعد وجوب الاشهاد اذا قلنا ان أداء الدين من الوكيل بغير اشهاد وتفريط وفي (حجر التذكرة) انه لو تمكّر من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن وفي (الشرائع وحجر الكتاب واللعة والروضة والمسالك) انه او تعذر الرهن في موضع الخوف والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة عالماً وزاد في اللعة العدل بعد الثقة واقتصر في الارشاد على اقراضه من الثقة وقضية

كلامهم انه اذا تعذر الثقة لا يجوز الاقراض وهو مشكل بل الاقراض اولى لانه مرجو الحصول في الدنيا أو الآخرة بخلاف التلف من الله سبحانه الا ان يثبت العوض عليه جل شأنه فيرجح لانه أكثر فدبر وفي (مجمع البرهان) اذا تعذر الرهن اكتفي بالملائة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودها يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم الملى وفي (حجر التذكرة) كل موضع جاز له ان يقرضه فيه فإنه يشترط أن يكون المقرض ملياً أميناً فان تمكن من الارتهان ارتهن وان تعذر جاز من غير رهن لان الظاهر من يستقرض من أجل حظ اليتيم انه لا يبذل رهنه فاشترطه مفوت لهذا الحظ وهذا الجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللمعة تأكيداً وتفسيراً للثقة بالعدل لان ذلك هو المعبر شرعاً مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فانها أعم من الشرعية والمراد بقولهم الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال يعني الاكتفاء بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظراً الى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لان المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل لا ذلك غير كاف وقد صرح في التذكرة أيضاً بأنه لو لم يكن لليتيم حظ وانما قصد ارفاق المقرض لم يجز اقراضه كالمعجز لم تجز هبته وقال ان من الخوف على مال اليتيم ما اذا خاف على حفظه من اسوس ومثل ذلك قال في المسالك وأما الثاني وهو اقراض الولي من مال الصبي لنفسه فقد أجازته الشيخ في النهاية والطوسي في الوسيلة اذا كان متمكناً من قضاء ذلك وقال في (السرائر) لا يجوز له بحال لانه أمين والامن لا يجوز أن يتصرف في أمانته وقد ذكر القولين في التحرير من دون ترجيح وفي (جامع الشرائع وحجر التذكرة) اشترط الملائة والمصلحة للطفل واحتمل ذلك في المسالك والكفاية قالاً لانه كاقراضه لغيره لانه تصرف في مال اليتيم وهو مشروط بالمصلحة واحتملاً جواز اقراضه مع عدم الضرر على الطفل وان لم يكن له مصلحة قال في (المسالك) لاطلاق رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل ولي يتيماً فاستقرض منه فقال ان علي ابن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك قال والرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تفيدها بالمصلحة (قلت) الرواية صحيحة في أحد طريقي الكافي رواها عن منصور بن حازم وفي آخر رواها عنه بطريق غير صحيح لكنه عندنا قوي لان معلى ابن محمد لم يثبت عندنا اضطرابه ورواية أبي الربيع مذكورة في التهذيب ومثلها عنه في الكافي والتهذيب في سند صحيح الى الحسن بن محبوب والمصنف في التذكرة استدلل على اشترط الملائة والمصلحة برواية أبي الربيع المذكور ولم يتضح لنا وجهه وينبغي أن يعتبروا الرهن عليه حذراً من افلاسه وزيادة ديونه فبحفظ بالرهن وكذا يعتبر الاتهاد حفظاً للحق كما قالوا مثله فيما اذا قوم الوصي على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل ور بما فسر قوله حل شأنه (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) بأن يكون للمتصرف مال بقدر مال الطفل زائداً على المستثنيات في الدين وفسره بعضهم بكون المتصرف قادراً على اداء الدين المأخوذ من ماله بحسب حاله وفي رواية ابن أسباط ان كان لاختيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس وان لم يكن له مال فلا تعرض لمال اليتيم ونحوه روايته الاخرى ونحوها غيرها مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القراض أو القرض وكلها خالية عن اشترط الرهن والاشهاد وهذا حديث اجمالي وتام الكلام في باب الحجر بلطف الله سبحانه وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم وقد تقدم في باب الزكوة وباب القرض ماله نفع في المقام

ولو استدان ورهنا ثم قضي أحدهما صارت حصته طلقا ان لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين ولو تعدد المرتهن وأحمد المقدم من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ لو استدان ورهنا ثم قضي أحدهما صارت حصته طلقا ان لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء ﴾ يريد انه لو استدان شخصان من رجل مقدارا معلوما كمائة درهم مثلا ثم رهنا عنده على الدينين رهنا مشتركا بينهما بمقد واحد صادر منهما مباشرة أو توكيلا ثم قضي أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقا كما صرح بذلك في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) والمخالف أبو حنيفة حيث قال ان الرهن رهن بكل الدين ومثل القضاء البراء هذا اذا لم يجعل في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين وبكل جزء منه أما لو جعله كذلك فلا انفكاك لان رهن الغير ملكه على مال آخر جائز بخلاف ما اذا لم يجعله كذلك لان الرهن ملك الانسان على دين غيره خلاف الاصل فلا يصار اليه الا بما يدل عليه ولما انتفى وجب أن يصرف ملك كل منهما الى ما عليه من الدين وحينئذ فينفك نصيب كل منهما بأداء ما عليه لامتناع بقاء الرهانة بعد أداء الحق وفي (المبسوط والتذكرة) ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب بها الشريك وانه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه الا بأذن الشريك ونحوه ما في التحرير وجوز في المبسوط ان يقاسمه وان لم يأذن الشريك اذا كان الرهن من المكيل والموزون ثم قال الاحوط ان لا يجوز القسمة الا برضاه في كل شيء ولم يتعرض المصنف هنا لحال القسمة وسيتعرض لها في الفصل السادس حيث قال قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل أولا كالعبد (وتفصيل الكلام في المقام) أن يقال العقد اما أن يتحد أو يتعدد فعلى الاول فاما أن يتحد الراهن والمرتهن أو يتعدد الراهن فقط أو المرتهن كذلك وكذا الحال اذا تعدد العقد على كل الاحوال فالرهن اما واحد بالذات أو متعدد والمصنف قد بحث عن صورتين في المقام احدهما تعدد الراهن واتحاد المرتهن مع اتحاد العقد كما عرفت والثانية عكسها كما ستسمع (وهناك تفصيل) آخر وهو أن يقال ينفك بعض الرهن دون بعض بأحد أمور ستة (الاول) تعدد العقد كما اذا رهن نصف العبد بعشرة بصفقة على حده وصفه الآخر في صفقة أخرى فانه اذا قضي دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن وبقي الآخر رهنا بدينه المختص (الثاني) ان يتعدد من عليه الدين وهو ما ذكره المصنف هنا (الثالث) أن يتعدد مستحق الدين وهو ما يأتي (الرابع) أن يقضي احد الموكلين كما لو وكل رجلان رجلا في أن يرهن عبدهما من زيد بدينه الذي عليهما فوهن ثم قضي أحد الموكلين (الخامس) اذا فك المستعير نصيب أحد المالكين (السادس) أن يقضي أحد الورثين ما يخصه من الدين على أحد الاحتمالين فيما اذا رهن عبدا بمائة ثم مات عن ولدين قضي أحدهما حصته من الدين فانه يحتتمل أن ينفك نصيبه كما لو رهن في الابتداء اثنان ولعل الاقوى عدم الانفكاك لان الرهن في الابتداء انما صدر من واحد وقضيته حبس كل المرهون الى أداء كل الدين ولا كذلك لو لم يكن هناك رهن وتعلق الدين بكل التركة أو بعضها فنك أحدهما نصيبه فانه ينفك لان تعلق الدين بهان كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن وان كان كتعلق الارش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه وسينبه المصنف على ذلك في أواخر الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) اذا استوى



وفي التقييط مع اختلاف الدين اشكال فان وفي احدهما صار النصف طلقا فان طلب  
قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا  
ونصفه امانة والراهن والمرتهن ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر (متن)

قدر الدينين وهذه هي الصورة الثانية التي اشرنا اليها آتفا وهي تدخل الى صورتين لانه اما أن يتحد  
فيها قدر الدين أو يختلف فعلى الاول يكون كل منهما مرتهنا للنصف فكان بمنزلة عقدين فاذا وفي  
أحدهما خرجت حصته من الرهن كما ذكره المصنف هنا وعليه نص في المبسوط والتذكرة وجامع  
المقاصد ومنع أبو حنيفة من انفكاك شيء حتى يؤدي دينها جميعا قياسا على الرهن الواحد قوله  
﴿ وفي التقييط مع اختلاف الدين اشكال ﴾ هذه هي الصورة الثانية من الصورة الثانية وهي ما اذا  
اختلف قدر الدين سواء اختلف مع ذلك في الجنس أم لا فيحتمل التقييط والتنصيف والتقييط أقسط  
اذا لم يف الرهن بالمجموع وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد لقيام الدليل عليه لأن مقتضى الرهن  
قضاء الدين كله من ثمن المرهون اذا وفي وبما نحن فيه اذا قضى الزائد من احد الدينين على الآخر  
من ثمن الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون متعلق بمجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من  
متعلق الآخر وان لم يقض امتنع كونه رهنا بالمجموع وقد فرض كونه رهنا بالمجموع فكان التقييط  
مستهدا من خارج وهو جعل الرهن رهنا بالمجموع لامن أصل التشريك (ويمكن) أن يستدل عليه  
بعكس النقيض على مذهب القدماء كأن يقال كل ما لم يجب ثمنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا  
به ويلزمه قولنا كل ما صرف ثمنه في الدين مع بيعه متعلق به وأكثر الثمن ثمن الاكثر مع تساوي الاجزاء  
فيكون الدين الاكثر متعلقا به وهو المطلوب ولا قائل بالفرق بين متساوي الاجزاء ومختلفها كما في  
الايضاح (ووجه التنصيف) انه أصل في الاشتراك كما شرك بينهما في الملكية وان الاسباب اذا اجتمعت  
تساوت (والجواب) ان الاصل قطع بما ذكرنا وكذا أصل تساوي الاسباب في التقييط ثم ان المفروض  
عدم تساويها (وليعلم) أن تعلق الدين بالرهن على أربعة أقسام (تعلق) كل الدين بكل الرهن  
(وتعلق) كل الدين بكل جزء من الرهن (وتعلق) كل جزء من الدين بكل الرهن وهذا ادعى في المبسوط  
الاجماع عليه (وتعلق) كل جزء من الدين بكل جزء من الرهن والمذكور في كلام (كتب خ ل) الاصحاب  
ثلاثة أقسام يأتي ان شاء الله ذكرها وتام الكلام فيها عند تعرض المصنف لذلك في الفصل السادس  
عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي قوله ﴿ فان وفي أحدهما  
صار النصف طلقا ﴾ كما عرفت وجهه وان ذلك عند التساوي أو اذا قلنا بعدم التقييط عند التفاوت  
قوله ﴿ فان طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة)  
والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن قوله ﴿ والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه  
أمانة ﴾ كما في (التذكرة) وحكاة فيها عن الشيخ لما في ذلك من تضرر المرتهن بالقسمة قوله ﴿  
﴿ والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر ﴾ كما في (المراسم  
والتحريم والارتداد والتبصرة ومجمع البرهان) وفي (المهذب البارع) انه المشهور وفي (التذكرة) بعد  
أن ذكر انه يمنع من التصرفات القولية كالبيع والهبة والرهن قال وكذا التصرفات الفعلية يمنع من جميعها  
اجماعا وفي (مجمع البرهان) الظاهر ان عدم جواز تصرف المرتهن بما لا خلاف فيه قلت هو كذلك وستسمع

اجماع المفاتيح لانه ليس ماله مجردا ومجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف مضافا الى العمومات وخصوص بعض الروايات كموثقة عبيد بن زرارة وموثقة عبد الله بن بكير حيث تضمنتا انه لا يباع حتى يجبيء صاحبه ونحوها موثقة اسحق بن عمار والظاهر ان المراد من منعه من التصرف عدم الصحة أو عدم النفوذ كالفضولي لاحصول الاثم وفعل الحرام بقوله بت كما بيناه في بيع الفضولي وأما الراهن فليس له التصرف في الرهن ببيع أو نحوه مما يوجب ازالة الملك ولا باجارة أو سكنى وغيرها مما يوجب تقصه كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرايع والنافع والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك وهو قضية مفهوم كلام الغنية بل هو قضية كلام الباقرين بالاولوية كالشيخ في الخلاف والمبسوط وغيره كما استسمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه وفي (غاية المراد) لانتك فيه وفي (المفاتيح) ليس لاحدهما التصرف فيه الا باذن الآخر اجماعا الا تصرفا يعود نفعه عليه انتهى ما أردنا نقله من كلامه (وحتجهم) بعد الاجماع النقل المشهور كما في ايضاح النافع من قوله صلى الله عليه وسلم الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ونحوه ما في التنقيح وأما ما لا يوجب ازالة الملك ولا تقصه فصرح الوسيلة والتحرير والتذكرة في اثناء كلام له والروضة والمالك منع الراهن منه أيضا وهو ظاهر اطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والتبصرة والارشاد ولدروس واللمعة والمهذب البارع وهو قضية مفهوم كلام الغنية وفي (الرياض) ان الشهرة به عظيمة وفي (مجمع البرهان) انه ظاهر أكثر العبارات وعن (السرائر) الاجماع على المنع في مطلق التصرفات ولم أجده (١) وفي (الخلاف) الاجماع على انه ليس له أن يكرى داره المرهونة أو يسكنها غيره وظاهر المبسوط الاجماع على انه ليس له استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وسكنى الدار قال ان ذلك كله غير جائز عندنا ويجوز عند المخالفين ونص في (الشرائع) على المنع من الاستخدام (٢) وفي (المبسوط والخلاف) الاجماع على أنه لا يجوز له وطى الامة المرهونة وفي (الجواهر) انه لا خلاف فيه وفي (كشف الرموز) ان العمل منقاد على خلاف الرواية الدالة على الجواز وظاهره الاجماع كما هو ظاهر النافع والدروس حيث سمت الرواية في الاول بأنها مهجورة وفي الثاني بأنها متروكة وفي (التنقيح وايضاح النافع) هجرها الاصحاب وفي الثاني أيضا هجرها القوم وقد يظهر من الغنية دعوى الاجماع أيضا وقد نص على الحكم المذكور في النهاية والسرائر وجامع الشرائع وغيرها ولا فرق في الجارية بين ما اذا كانت نجبل أولا كما في الخلاف وغيره (وحتجهم)

(١) بل هو موجود فانه ذكر أن نفقة الحيوان المرهون على الراهن دون المرتهن وانه ان أفنق المرتهن كان متبرعا ليس له الرجوع على الراهن الا اذا شرط عليه ذلك ثم قال وقد روي ان له أي للمرتهن ركوبها والاتفاق بها بما أفنق أو الرجوع على الراهن ثم قال والاولى عندي أنه لا يجوز له التصرف في الرهن على كل حال لانا قد أجمعنا بفسخ خلاف ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن انتهى وكان الشارح طاب ثراه نظر الى كلامه في أوائل المبحث حيث منع الراهن من التصرف المبطل أو المنقص لحق المرتهن كالبيع والرهن عند آخر الابرض المرتهن ومنعهما أيضا مما عدا ذلك مثل السكنى والزراعة والاستخدام والركوب وغيرها الا بالتراضي ولم يدخ اجماعا ولم يقع نظره على هذه العبارة المذكورة في أواسط المبحث (لمصححه محسن الحسيني العاملي)

(٢) وغيره الاستخدام حيث قال لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى الى آخره (محسن)

فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفاً ( متن )

بعد الاجاعات الخبر المذكور المشهور المؤيد بالامور الاعتبارية من التعريض للأبطال وبما ذكر في التذكرة والمسالك وغيرها من وجه الحكمة وهو تحريك الراهن الى الأداء اذ لو جازله الانتفاع ولو في الحلة لا تنفت الفائدة الى آخر ما ذكره والرواية المشار اليها حسنة الحلبي أو صحيحته وصحيفة محمد بن مسلم حيث تضمنتا انه ان قدر عليها خاليا لا بأس وهما محمولتان على التقية كما أشار اليه في المبسوط وقد مال الى العمل بها المولى الاردبيلي والخراساني وجزم بها الكاشاني والبحراني معتضدين بما احتمله في ( التذكرة ) حيث قال بعد حكايته فيها كلام المبسوط وقال انه يشعر بعدم الخلاف عندنا قال ويمكن الاحتجاج للحواز بقوله عليه السلام الظهر يركب وبرواية السكوني وساقها وبان التعطيل ضرر قال المولى الأردبيلي بعد نقل كلامه هذا يشم منه رائحة الحواز قلت ما كنا لنعدل عن المعلوم من كلامه الى المضموم الموهوم فانه صرح في أول البحث الثالث في الرد على الشيخ حيث جوز التزويج واستدل بعموم قوله جل شأنه ( وانكحوا الايامي منكم ) ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ثم ان كلامه هذا الذي استندوا اليه قد يشعر أوله بدعوى الاجماع على المنع حيث نسب الحواز الى الشافعي ومالك في رواية عنه ونسب الى الشيخ المنع وقال ان كلامه يشعر بعدم الخلاف كما سمعته آنفاً ( سلمنا ) لكنه ما عساه يجدي موافقة التذكرة لهم في أحد احتمالاتها مع ما سمعته من الاجاعات لكن هؤلاء ما عدا الاردبيلي لا يبالون بالاجاعات أصلاً ( وبما ذكر ) يعلم حال ما ذكره المصنف في التذكرة والشهيد في الدرر وأبو العباس والصبيري والشهيد الثاني وغيرهم من جواز التصرف بما يعود به النفع على المرتهن كداواة المريض ورعي الحيوان وتأبير الفحل وختن العبد وخفض الحارية ان لم يودع الى القرض الا أن يقال بحصول الاذن بذلك بالفحوى ولكنه حينئذ خروج عن الفرض لان محله التصرف الذي لم يتحقق فيه اذن أصلاً وليعلم أنه لا يجبر على الداواة ونحوها بخلاف النفقة وكان الرعي منها وفي معناه سقي الاشجار ومونة الجدار وتخفيف الثمار وأجرة الاصل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون كما سيأتي ذلك في كلام المصنف في أثناء الفصل السادس في اللواحق ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفاً ﴾ اذا تصرف الراهن بما يمنع منه فان كان بعقد أو بعق كان موقوفاً على اجازة المرتهن كما في ( النهاية وحامع الشرائع والشرائع والنافع ، الذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده واللمعة والمقتصر وغاية المرام والميسر وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض ) لعموم أدلة العتق السالبة عن المعارض لان المانع قد زال بالاجازة وذلك لا ينافي تنجيز العتق ( المقدر ل ) كسائر العقود التي يشترط فيها ذلك لان التوقف الممنوع منه هو توقف المقتضي على شرط لا على زوال مانع والفرق بين المراعي والموقوف ان ما يتوقف عاينه الحكم بالصحة في الموقوف يكون جزء سبب وفي المراعي يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الامر ( وقد يقال ) انه اذا كان منها عنده مع اشتراطه بالتقربة كيف يمكن الحكم بالصحة مضافاً الى الاصل ، انا لانجد عموماً في أدلة لزوم العتق بحيث يشمل مانع فيه ( وقد يجاب ) بأن متعلق النهي هو التصرف وليس مجرد ايقاع الصيغة تصرفاً كما أشرنا اليه آنفاً وبيناه في باب الفضولي ويشهد على ذلك ان الشيخ جوز في المبسوط والخلاف

الاعتق المرتهن فإنه يبطل وان اجازته الراهن ولو سبق اذنه صح فلو افتك الرهن في لزوم العقود نظر (متن)

وغيره تزويج العبد المرهون اذا اشترط عدم التسليم الا بعد الفك كما سيأتي ان شاء الله تعالى وأما العموم فقد قيل انه مما قد تسالم الخصوم في الظاهر على وجوده لان المانع لم يستند الى عدمه بل استند الى غيره كذا قيل (قلت) الذي استدل بالعموم في المقام صاحب ايضاح النافع لكنه قد يكون قضية كلام الباقيين وقد طفت عباراتهم في المقام بالاستدلال بأن العتق مبني على التغلب والراوندي أخذ يحاول الاستدلال على وجود العموم بكل آية تنطق بتحريم الرقبة في الكفارات قال فانها تدل على حواز العتق الى آخر ما قال (وأطلق) المنع من عتق الراهن في (المبسوط والمراسم والوسيلة والغنية) وكأنه مال اليه أو قال به في المدروس لكون العتق ايقاعا فلا يكون موقوفا لاعتبار التخصيص فيه وقد عرفت الحال في ذلك وبعض هؤلاء لا يقول بالفضولي في البيع ولا ترخيص في كشف الرموز والتفويض ون كان التصرف بدون عقد أو ايقاع كأن يكون بانتفاع منه أو ممن سلطه عليه ولو بعقد لم يصح وفعل محرمان ان قلنا ان النماء المتجدد يتبع الرهن كما يأتي بيانه في الفصل السادس ثبتت عليه أجرة ذلك ان كان بماله أجرة عادة وكانت رهنا وان لم نقل بالتبعية لم يلزمه شيء كما نبه على ذلك في المسالك وستحسنه صاحب الكفاية ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاعتق المرتهن فإنه يبطل وان اجازته الراهن ﴾ كفاية (الشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمدروس واللمعة وغاية المرام والتفويض وجامع المتناصد والميسية والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية) وفي (الروضة) ان العتق يقع باطلا قطعا ما لم تسبق لاذن اذ لا اعتق الا في ملك وظاهره الاجماع وفي (شرح الارشاد (الايصاح خ ل) لغفر الاسلام قد اتفق الكل على اضرار الصحة في قوله عليه وآله السلام لا اعتق الا في ملك وفي (المسالك) ان كثيرا من الاصحاب لم يتوقفوا فيه (قلت) ان كان هناك اجماع فلا كلام والا فالفضولي جار في مثله اذا اعتقه المرتهن عن الراهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سبق اذنه صح ﴾ أي لو سبق اذن الراهن للمرتهن في العتق صح ان كان عن الراهن أو مطلقا وكذا لو كان عن المرتهن وينقل ملكه الى المعتق قبل ايقاع الصيغة المقترنة بالاذن كغيره من المأذونين فيه أي العتق ويحتمل على تكلف أن يكون المراد انه لو سبق اذن أحدهما للآخر في التصرف صح تصرفه فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر ﴾ أي لو افتك الراهن الرهن أو افتكه مفتك بأن يقرأ مبنيا للمجهول ففي لزوم العقود الصادرة من الراهن من دون اذن المرتهن أو اجازته نظر وقال في (التذكرة) ولو لم يعلم أي المرتهن حتى قضى الراهن الدين احتمل بقاها أي العقود فتكون لارمه انتهى فتأمل وكما استشكلوا هنا في لزوم العقود وعدمه كذلك استشكلوا في نفوذ العتق وعدمه وينبغي أن يستشكلوا أيضا في نفوذ الوقف وعدمه وقد يفرق بينه وبين العتق لانه مني على التغليب قول في (التحرير) فان فك ففي نفوذ العتق اشكال وفي (المدروس) لو افتك لا ينفذ العتق لانه لا يقع معلقا وفي (المسالك) انه ينفذ وفي (التذكرة) نقل عن الشافعي قولين أحدهما انه لا ينفذ لانه لا يملك اعتاقه فاشبه ما اذا اعتق المحجور عليه لنفسه ثم زال الحجر والثاني انه ينفذ لان المانع حق المرتهن وقد زال ثم قال والخلاف فيه كالخلاف فيما اذا أعتق المحجور عليه بالهلس عبدا ثم افتك عنه الحجر ولم يتفق بيع ذلك العبد ثم رجعا الى باب الحجر فوجدناه

والاقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا لرهنة مطلقا او فيما قابل الدين الثاني او العدم مطلقا نظر ( متن )

ينقل عن الشيخ قدس الله روحه وبعض العامة القول ببطلان العتق وجعله أقوى ثم نقل قولاً بأن العتق لا يقع باطلا بل يكون موقوفاً ونفى عنه البأس والاكترون لم يتعرضوا لحال العقود والعتق مع الفك او الانفكاك وانما تعرضوا لهما مع الاجازة فيحتمل أن يكون الجميع من سنخ واحد وان لا يكون كذلك ويأتي في أواخر الفصل السادس عند شرح قوله فان انفك ظهر صحة العتق ماله نفع تام في المقام وقد قوى الزوم في العقود الفخر في الايضاح والشهيد في حواشيه والمحقق الثاني لانها لارمه في أصلها كما هو الفرض وجوارها انما كان بسبب حق المرتهن وقد زال فيزول الجواز ولانها لازمة من طرف الراهن لصدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكا فحقه أن يكون لازما كما يأتي قريناً بقصد وحد المتقضي والجواز انما هو لعلاقة حق المرتهن فاذا زال لم يبق للجواز مقتضى وفرق واضح بين ما اذا باع مال غيره فضوليا ثم ورثه أو اشتراه وكيله حيث قال انه يقع باطلاً أو موقوفاً على اجازة البائع الوارث لان مال الغير غير مملوك للمتصرف فالمتقضي للصحة متمم ومجرد الصيغة لا تعد مقتضياً بخلاف ما نحن فيه فان الملك منحصر في الراهن والمتقضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود غاية الامر ان حق المرتهن مانع فاذا اتفق عمل المتقضي عمله ( وأيضاً ) فانه لا سبيل الى اعتبار اجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته ولا الى بطلان تصرف الراهن المالك اذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه بعده ووجه الجواز ان هذه العقود وقعت جائزة فيبقى جوازها مستصحباً وسيأتي للمصنف في الفصل السادس انه اذا جنى على الرهن في يد المرتهن جان فعفى الراهن عن المال الذي لزم الخاني بسبب الحماية ان الاقرب أن المرتهن يأخذ المال الذي أوجبه الجناية من الراهن ( الخاني خ ل ) فان انفك الرهن ظهرت صحة العفو والا فلا وقوى في جامع المقاصد عدم صحة العفو وعدم وقوعه موقوفاً بل قال ان القول بصحة العفو وكونه موقوفاً على فك الرهن ليس ستي قلت وقد يكون قضية ذلك ان العتق والوقف كذلك بل قد يلزمه ذلك في العقود فليأمل ﴿ قوله ﴾ والاقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك ﴿ كما هو خيرة ﴾ ( الايضاح وجامع المقاصد ) لانه صدر منه العقد في حال كونه مالكا فحقه أن يكون لازماً ولا مقتضى للجواز الا حق المرتهن وهو محصر في جانبه فيختص به لان العفو فضولي بالنسبة اليه متوقف على اجارته وسأن العقد الفضولي على القول بأن الاجازة كاشفة كما هو الحق أن يكون جائزاً من طرف من وقع العقد فضولياً بالنسبة اليه خاصة دون العاقد الآخر مع الفضولي فالعقد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البائع والمشتري وحائز من جهة المرتهن خاصة لان الفضولية انما هي بالنسبة اليه نعم لو قلنا ان الاجازة ناقلة وجزأ للسبب في الفضولي كان العقد حائراً من طرف الفضولي وغيره أعني العاقد الآخر لكما قد نقول بالزوم فيما نحن فيه وان قلنا ان الاجازة في الفضولي ناقلة لان المأتي به مما سبب تام أقصاه ان المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذي هو المالك كذا حقق في جامع المقاصد وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا لرهنة مطلقا او فيما قابل الدين أو العدم مطلقا نظر ﴾ تجوز الزيادة في الرهن على الدين وفيه عليه وهذا الثاني اما أن يكون عند المرهون عنده أو عند غيره ( فالصور ثلاث ) أما الصورة الاولى

فقد تعرض لها المصنف بخصوصها فيما يأتي من الباب في آخر الفصل الرابع في الحق ومثلها ان  
 يكون قد رهن عنده ثوبا بعشرة دراهم ثم بعد ذلك زاده ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بالعشرة  
 ولا كلام فيها لجواز عروض مانع من الاستيفاء من الرهن الاول ولزيادة الارتفاق وقد نفى الخلاف في  
 المبسوط عن صحة ذلك ونص عليها في جامع الشرائع والتذكرة في موضعين منها والتحرير والدروس وجامع المقاصد  
 فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان ولا فرق بين كون قيمة كل من الرهنين مساوية لتقدر الدين أو  
 أقص أو أزيد والثوبان في المثال يكونان رهنا بكل الدين على ماسيأتي من أنه ان شرط كونها على  
 الحق وعلى كل جزء منه لم يفسخ مادام من الحق شيء وان شرط كونها رهنا عليه لا على كل جزء منه  
 صح وانفسخ بأداء شيء من الحق وفي وجوب القبول هنا لبعض الحق نظر من ادائه الى الضرر  
 بالانفساخ ومن قضية الشرط ووجوب قبض بعض الحق في غير ما يلزم منه نقص في المسالية وان  
 أطلق ففي حمله على المعنى الاول والثاني نظر اقواء الاول كما ستعرف وقال أبو حنيفة يقسم الدين على  
 قيمة الرهن الاول يوم قبضه وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها فلو كانت قيمة الاول يوم قبضه ألفا وقمه  
 الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين ألف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا  
 الدين (وأما الصورة الثانية) وهي رهن المرهون عند المرتهن على دين آخر ففي (المبسوط والخلاف والشرائع  
 وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك  
 ومجمع البرهان) انه يصح ولا يشترط فسخ الرهن الاول ثم تجديده لهما كما في الدروس بل يضم الثاني عند  
 جديد كما في المسالك وقال في (الدروس) فان شرط كونه رهنا عليهما فالرهن الاول باقية ولو لم يشترط  
 الرهن بأن اتفقا على ارادة المجرع فكذلك وان أطلقا ففي بطلان الاول تردد وقضية كلام الاصحاب  
 الاطلاق ولعله لما أشار اليه في التذكرة من أن الدينين اذا كانا لواحد لم يحصل من التنازع ما اذا تعدد فتأمل  
 ومنع أبو حنيفة من هذه الصورة كما منع الثالثة كما يأتي مستندا الى أن الدين يشغل الرهن ولا عكس ومعناه ان  
 الزيادة في الرهن شغل فارغ والزيادة في الدين شغل مشغول (وفيه) انه مع عدم اطراده لعدم الشغل فيما اذا  
 كانت القيمة زائدة على قيمة الرهن الاول أضعافا مضاعفة غير مانع لعدم المانع مع وجود المقتضي فان التوثيق  
 بشيء لشيء آخر لا ينافي التوثيق به لآخر فتدبر (وأما الصورة الثالثة) وهي رهن المرهون عند غير المرتهن  
 باحازة منه وهذه تنحل الى صورتين (الاولى) أن يكون ذلك باتفاق المرتهنين من غير ابطال الاول  
 وحينئذ يكون رهنا على الحقين كما في التحرير وظاهر الشرائع والارشاد وفي (الدروس) ما سمعته آنفا من  
 التردد في بطلان الاول اذا أطلقا والصحة اذا اشترطا كونه رهنا عليهما أو اتفقا على ارادة المجموع  
 (الثانية) أن يكون ذلك من دون اذن المرتهن الأول ثم يعلم فيطلق الاجازة فان كان الرهن أزيد  
 من دين الاول قام في المسئلة احتمالات ثلاثة وان كان مساويا أو أقص فاحتمالان ولم يرجح المصنف  
 هنا ولا في التحرير ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد في الدروس وحواشي الكتاب ولا الصيمري  
 في غاية المرام شيئا من الاحتمالات (الاول) منها عدم البطلان مطلقا أي في مجموع الرهن سواء ما قابل  
 دينه وما زاد عليه كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وفي عنه البعد في مجمع البرهان وهو ظاهر  
 الارتداد لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد الشامل لموضع النزاع وعدم ثبوت مناف يتقضي الطر  
 لانه لا يمتنع كون الشيء رهنا للمجموع (بمجموع خ ل) لا يفي ثمنه بأدائه لانه الرهن بعد تحققه لانفذه  
 وانما يثبت الاداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته وقلته وتقديم دين شخص في الاداء على آخر

ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء أشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد

موت الراهن ( متن )

لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر وان استويا فيما له المقصود والتمرة ولانه لو تضمن عقد واحد رهنا بدينين وتقديم أحدهما في الاداء على الآخر ثم تأدية الآخر بعد أداء الاول لم يكن ذلك باطلا ففي المقدين المستقلين أولى لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الاول فلا بد في طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة ( الثاني ) البطلان مطلقا ووجهه ان مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة الى الدين المرهون به ليقضى ذلك الدين من ثمنه واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متافيان لان اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت رهن الثاني بالسبب الطارئ واجازة المرتهن الاول فيبطل الاول الثالث ان الاجازة موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني لان المناقاة باعتبار مقصود الرهن مختصة به بخلاف ما زاد وضعف بأن الرهن متعلق بالمجموع فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع والا لم يقتض في شيء منه ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة اليه لا يضببط فقد يكون في وقت الرهانة كثيرا يبي منه قيمة بعد الدين الثاني ثم يتجدد النقصان وبالعكس ويستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير متض له وأما اذ ساواه أو نقص عنه فانه يسقط الاحتمال الثالث - قوله ﴿ ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ﴾ يريد أنه لو أسقط المرتهن الثاني حقه فحكمه يترتب على الاحتمالات الثلاثة فعلى الاول في كلام المصنف لاحق للمرتهن الاول وعلى الثاني لاحق له فيما قابل الدين الثاني وعلى الثالث حقه بحاله ومنه يعرف حال ما اذا اسقط المرتهن الاول حقه ويزيد هذا في شيء وهو ما اذا كان دين المرتهن الاول مائة مثلا ودين المرتهن الثاني كذلك وكانت قيمة الرهن يوم قبضه المرتهن الاول تساوي مائة ويوم قبضه الثاني تساوي خمسين فاذا أسقط الاول حقه كان رهنا عند الثاني على خمسين فقط وان كان له عنده مائة فاذا وفاقه خمسين له أن يأخذ الرهن وتبقى الخمسون الاخرى بلا رهن بناء على أن المنبر في قيمة الرهن انما هو حين قبضه أو حين العقد هذا في الصورة الثانية من الثالثة وأما على الاول منها فاذا أسقط أحدهما حقه احتمل اختصاص الآخر بالجميع ان قلنا انه رهن على كل من الحقين وعلى كل جزء منهما أو بالنصف ان تساوى الدينان أو قلنا ان النصف هو الاصل والافالتسيط كما مر مثله فيما لو تعدد المرتهن وأحمد العقد - قوله ﴿ ولولم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء أشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد موت الراهن ﴾ اذا لم يعلم المرتهن الاول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن فان كان مساويا لدين المرتهن ولم يجز أو قلنا بعدم اعتبار اجازته اختصاص به ولا بحث وان قلنا باعتبارها وأجاز جاء الاحتمالان السابقان وان كان زائدا فاما أن تكون العين قد بيعت في دين الاول وقيت من القيمة بقية عن دينه أو بيع بعضها في دين الاول وقي البعض الآخر عن العين فاضلا فان كان الاول امتنع ففوذ الرهن الثاني في الفاضل من القيمة عن دين الاول لان الرهانة الثانية حينئذ خالية عن الاجازة والافسكك

ولو اعتق الراهن بأذن المرتهن وبالعكس سقط الغرم (متن)

وهي لا تكون الا بهما فاذا اتفق التعلق بالعين اتفق التعلق بالقيمة فلا يختص الثاني بالفاضل دون الغرماء كما حكم بذلك في حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد ولا حرج حينئذ أي بعد البيع لاجازة المرتهن ولا لفسخه لا تقطاع علاقته واستيفائه حقه كما هو المفروض وأما احتمال الاختصاص استنادا كما في الايضاح وغيره الى أن الرهن الثاني لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت في الفاضل والى انه كان لازما من جهة الراهن فأرهن شيء لأن ذلك انما يتجه اذا افتكه أو أجاز المرتهن واذا لم يكن شيء منهما ظهر انه وقع باطلا نعم يتم ذلك اذا كان الفاضل فاضلا من العين لامن القيمة لما ذكر من الوجهين هذا كله اذا لم يميز قبل البيع في المستثنى اوقلنا بعدم اعتبار اجازته وان أجاز قبله وقلنا باعتبارها كما هو الظاهر جاءت الاحتمالات الثلاثة السابقة وكانت اجازته كاشفة عن عدم تعلق حق باقي الغرماء وورده كاستفا عن التعلق المذكور فكان تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص والاختصاص وعدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية وعدم نفوذها ونفوذها بالنسبة الى العين انما يكون بأحد أمرين الاجازة والافتكالك كما عرفت فتكون اجازته بالنسبة الى العين معتبرة بمد موت الراهن كما كانت قبله اذ لا دليل على زوال اعتبارها بقول المصنف ولا حكم لاجازة الاول ولا فسحه انما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثاني بقيمة الرهن بعد بيعه لاداء دين الاول وصاحب عاية المرام قال كما قال المصنف من انه لا حكم لاجازة الاول ولا فسخه ووجهه بتوجيهه سخييف جدا بل هو غلط صرف هذا تفتيح البحث في المسئلة وقد جعل في حواشي السهيد وحببي الاشكال من عدم جوازه ابتداء فكذا انتهاء وفي (الايضاح) من انه لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة لاول وقد زالت ولانه كان لازما من جهة الراهن ومن انه لم يكن عقدا لازما ولانه حال وجوده كان ممنوعا من التصرف وفي هذه الحال لا يعتبر (لا يعلم خيل) تصرفه ونحوه ما في جامع المقاصد لكنه بعد ذلك حقق المقام بنحو ما ذكرناه - قوله - ﴿ ولو أعتق الراهن بأذن المرتهن أو بالعكس سقط الغرم ﴾ دين المرتهن اما حال أو مؤجل وعلى التقديرين فاما أن يأذن في العتق أو الهبة مما كان بغير عوض أو في البيع فان أذن في الاولين فعمل فلا اشكال في عدم لزوم اقامة بدله لانهما بغير عوض وقد زال متعلق الرهن وهو العين بأذن المرتهن ولا فرق في ذلك بين كون الدين حالا أو مؤجلا كما نص على ذلك جماعة وان أذن في البيع فباع انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والكتاب فيما يأتي والروضة ومجمع الرهان والكمالية وفي (المسالك) انه المشهور لان البيع انما وقع باذنه ولم يوجد ما يدل على رهنية التمس اذ الفرض عدم العقد عليه وللسيخ في المبسوط تفصيل لان له فيه عبارتين قال في احدهما لو اع باذنه انفسخ الرهن ولا يجب عليه حمل قيمته مكانه وقال فيه بعد أسطر ولو أذن له في البيع بعد (في خيل) محل الحق فباع صح البيع وكان ثمة رهنا مكانه حتى يقضى منه أو من غيره وهو خيرة التحرير وظاهر الدروس ولم يرجح في المسالك فالخلاف انما هو فيما اذا كان حالا أو قد حل ولا يخالف في المؤجل الا ما حكي عن الكوفي من وجوب جعل قيمته رهنا هذا كله اذا لم يشترط المرتهن كون القيمة رهنا والا لزم كما نص عليه في الخلاف والمبسوط وغيرها والظاهر أنه لا خلاف فيه عندنا بل يظهر من التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قال في الاول صح



ولو اذن في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه (متن)

البيع والشرط عندنا وفي الثاني قطعا لعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين حالا أو مؤجلا ومثله في الجواز عندنا كما في التذكرة ما لو كان الدين مؤجلا فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يجعل ثمنه من حقه فإنه يلزم الترتيب لأنه شرط سائغ تدعو الحاجة اليه وظاهره الاجماع عليه والمخالف الشيخ في الخلاف قال يكون الثمن رهنا ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الاجل ونحوه كما في المبسوط (قلت) ومثل اشتراط كون القيمة رهنا ما اذا اتفقا على نقل الوثيقة الى عين أخرى واحتمال المنع في هذا متوجه لأنه يتمتع البديل مع بقاء الاول الا أن يخاف عليه من المساد فيقوى احتمال الحوار لان الحق لا يعدوهما فأمل وأما اذا أعتق المرتهن بأذن الراهن كما أشار اليه للمصنف بقوله وبالعكس فلحكم فيه ظاهر كما في جامع المقاصد (قلت) ان كان المرتهن أعتقه عن نفسه بنى على أنه هل ينتقل اليه بالصيغة أو قبلها آنا يسيرا أو بالاذن وان كان عن المالك فكلاصل ويبنى الحال فيه على قبوله التوكيل والظاهر أنه يقبله فليلاحظ في محله واذا باع المرتهن باذن الراهن قبل حلول دينه جاز ويكون الثمن رها حتى يحل لدين ولا (فلاخل) يجوز للمرتهن التصرف فيه كما صرح به جماعة كثيرون منهم المصنف فيما يأتي وقيل لا يكون رهنا حكا في جامع الشرائع قوله ﴿ ولو اذن له في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه ﴾ أي ينشأ الاشكال من التردد في سقوط حق المرتهن بالاذن وعدمه ووجه التردد ان الاذن في المسقط يدل على الرضا بالسقوط فيمكن عده مسقطا (وفيه) ان المنافي للرهن هو المتقضي للسقوط لا الرضا به قال في (جامع المقاصد) فالاصح صحة الرجوع وبه جزم في (التذكرة) ولم يرجح صاحب الايضاح ولا الشهيد في حواشي الكتاب التردد الناشئ من ان التصرف الناقل لا يجامع الرهن فاذا اذن ووقع الراهن فقد رفع لازم الرهن ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم فيسقط حقه ومن ان المسقط هو النقل فعلا لا امكانه والاذن انما افادت الثاني لا الاول ونحن نقول اذا اذن المرتهن ورجع فاما ان ياذن في تصرفات ناقله كالبيع والهبة المقبوضة او غير ناقله كالهبة الغير المقبوضة والوطؤ مثلا وعلى التقديرين فالرجوع اما قبل ايقاع التصرفات او بعده وعلى التقادير فالراهن اما عالم بالرجوع ام لا وكذلك الحال فيما اذا اذن الراهن للمرتهن ورجع كذلك فاذا اذن المرتهن في تصرف ناقل ثم رجع قبل ايقاعه مع علم الراهن به فهو كما اذا لم ياذن ولا يسقط حقه بذلك صرح بذلك في المبسوط وغيره واما اذا رجع ولم يعلم الراهن فباع وتصرف ففي المبسوط ان البيع باطل والرجوع صحيح وفيه نظر اذ الظاهر انه من باب عزل الوكيل ولم يعلم حتى تصرف ولو اذن له في البيع او الهبة فباع بشرط الخيار او وهب ولم يقبض فرجع المرتهن ففي الارباء يحتمل عدم الصحة لان مبنى البيع على اللزوم والنقل والخيار عارض انما يظهر اثره في حق من له الخيار ويحتمل الصحة لان العقد لم يلزم ويقوى الاشكال فيما اذا كان الخيار اصيلا كخيار المجلس وامل الاقوى فيها عدم الصحة كما لعله يفهم من كلام الايضاح وجامع المقاصد واما الثاني وهو ما اذا وهب ولم يقبض فإنه يصح له فيه الرجوع بلا اشكال لان الاذن ليست مسقطه بمجرد قطعا لما عرفته فيما اذا اذن ورجع قبل الايقاع فالمسقط انما هو العقد

ولو احبلها الراهن لم يبطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة (متن)

فيجب النظر في حاله فنظرنا فيه فاذا هو عار عن النقل فضلا عن الازوم لان الركن الاعظم فيه هو الاقباض ولم يحصل وحينئذ فلا اشكال في صحة الرجوع وامتناع الاقباض سواء كان اذن في الهبة مطلقا او صرح بالاذن بالاقباض واما اذا اذن في غير الناقل كالوطى فيأتي حكمه في المسئلة الآتية واما اذا انعكس الامر كما لو اذن الراهن للمرتهن في البيع او الهبة او غير ذلك فلا ريب ان له الرجوع في زمن الخيار مطلقا وفي الهبة قبل الاقباض بل وبمده الا في مواضع معلومة نعم حكم المرتهن باعتبار العلم بالرجوع وعدمه لان المرتهن حينئذ وكيل عنه ويبقى الكلام في انه اذا رجع الراهن في زمن الخيار او في الهبة بعد الاقباض هل يعود رهنا كما كان الظاهر لعدم مثل ما تقدم لکنهم قد قالوا فيما اذا استرى المرتهن عيننا من الراهن بدينه انه يصح ويبطل الرهن فان تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن قاه في المبسوط وهو قد يستأنس به لما نحن فيه وليس به وقال ايضا وكذا لو قبضه ثم تقايلا عاد الدين والرهن كالمصير يصير خرايم يعود خلا وهذا الاخير نظير ما نحن فيه ويأتي بيان الحال فيه واما اذا رجع في الهبة قبل الاقباض فالظاهر بقاء الرهنية قوله ﴿ ولو احبلها الراهن لم يبطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة ﴾ الجارية المرهونة اما ان يطأها الراهن او المرتهن وذلك اما مع الاذن او بدونها فالصور اربع ولك ان تزيد في القسمة فتقول وذلك اما مع الحبل او بدونه وعلى الاول اما ان تموت في الطلق ام لا وعليه ايضا اما ان يحل الحق وهي حامل ام لا واذا ولدت من الراهن فهل تباع قبل ان تسقيه اللبن اولا وعلى التقادير اما ان يرجع بالاذن ام لا مع علم الآخر وبدونه الى غير ذلك ونحن نستوفي الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى ( فالاولى ) من الصور الاربع ان يطأها الراهن باذن المرتهن ويحبلها فان الرهن لا يبطل كما نص عليه في المبسوط والخلاف والغنية والسراير وجامع الشرائع والشرائح والتذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكافية وهو قضية كلام الباقرين وفي ( المسالك ) لاشبهة فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا لان الرهن بعد تمامه ولزومه انما يبطل بمنافيه والاحبال وان وقع بالاذن غير مناف وان صارت ام ولد اذ لا يتمتع بيعها اذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاء اما مطلقا او مع الاعسار على اختلاف الاراء والقائل بامتناع بيعها يقول بعدم المنافات ايضا لان الولد مانع طار بجوز زواله بموته فتباع لزوال المانع كما ستسمع واما انها تصير ام ولده فقد نص عليه في اكثر الكتب السالفة وهو مما لا ريب فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبه الى مذهبنا وهذان الحكمان جاريان فيما اذا وطأها بدون اذن المرتهن كما هو قضية اطلاق الاكثر وصرح السراير والغنية وغاية المرام والمسالك والروضة وغيرها وهي الصورة الثانية بل لعل الاول في هذه اولى نعم تفرقان في امور اخر كالاثم والتفريغ والتزام القيمة كما ستسمع وعلى التقديرين اي الوطوء مع الاذن وبدونه هل يجوز بيعها ام لان فالمصنف هنا وفي الارشاد والتلخيص وولده في الايضاح والشهيد في الدروس وغاية المراد وابن السيد عميد الدين في تخلص التلخيص والحراساني في الكفاية لم

يجزموا بشي فهم بين مصرح بالتردد والاشكال وبين قائل في المسئلة خلاف او قولان او اقوال وستعرف وجه ذلك عندهم ولعلمهم لا يتأملون في جواز بيعها لو كانت مرهونة في ثمن رقبتهما لكن المستشكل والمجوز والمانع اطلقوا ولم يفرقوا والذي ينبغي تنزيل كلامهم على ما عدى هذا الفرض والشيخ في الخلاف والسيد حمزه في الغنية والمصنف في التذكرة والشهيد في الحواشي على الظاهر منه انها تباع مع اعسار الراهن ومع يساره يجب بذل القيمة لتكون رهنا جمعا بين الحقين وفي (الغنية) الاجماع عليه ولم يبينوا لنا ان بذل القيمة مع اليسار هل هو بعد حلول الدين او قبله وكيف كان ففيه ان الرهانة أن بقيت فهي متعلقة بالعين والا فلا تعلق لها بالقيمة فتأمل ولا حق لها مع سبق حق غيرها عليها وكان الاجماع موهوب بمصير الجماعة الى خلافه وان اختلفوا في (السراير) ان ما في الخلاف مخاف لاصول المذهب قلت لكنه احوط والشيخ في المبسوط على ما حكاه عنه في جامع المقاصد وابس ادريس في السراير والمصنف في المختلف والشهيد في اللمعة والسكركي في جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان على انه يجوز بيعها مطلقا لسبق حق المرهن على حقها فيقدم اسبق الحقين عملا بالاستصحاب ولعدم الفارق بين نعلق الدين (الحقين خل) بها وبثمن رقبتهما ولعله اقوى لان عموم بيع الرهن لاداء الدين وان عارضه عمومات النهي عن بيع امهات الاولاد الا ان هذا ارجح بسبق حق المرهن الذي لا دليل على نطلانه فيخص به عموم النهي قلت هذا متوجه فما اذا لم يأذن وعلى هذا المول تباع ان استوعب الدين قيمتها والا فلا يجوز بيع الفاضل الا اذا لم يوجد من يشتري للقابل والمحقق في السرائع والمصنف في التحرير على المنع من البيع وكذا الشيخ في المبسوط على ما حكى عنه الشهيد في غاية المراد وحكاه عنه في باب الكتابة ابن السيد العميد في تخلص التلخيص ولم يحضرن في المبسوط في باب الكتابة وكلامه في المقام كأنه ظاهر في الحواز وكيف كان فقد قال في الايضاح في تحرير هذا القول انه يمنع من التصرف حينئذ حتى يؤدي الدين وفي (الدروس) انه يقام بدلها ويتوقع فضاء الدين او موت ولدها وكأنه اراد هذا الصيرري بقوله انه يجبر على فكها بخلاف غيرها فان الراهن لا يجبر على الفك بل له ان يوفي الدين من الرهن لكن قال الشهيد ايضا في (غايه المراد) انه لاتنافي بين المنع من بيعها وبقاء الرهن ترصا لموت الولد ومنعا للمالك عن التصرف فيها وقضيته انه لا يقيم بدلها ثم انهم لم يوضحوا لنا متى يقيم بدلها اقبل الحلول ام بعده وكأنه قال في الروضة بهذا القول بل قد يطهر منها ان المنع من البيع جار على الاقوال الثلاثة فتلاحظ عبارتها فانها غير واضحة (وحجة) هذا القول عموم النهي عن بيع ام الولد وان قوة الاستيلاء تضاهي قوة العتق بل ربما كانت افضل منها باعتبار نفوذ الاستيلاء فيما لا ينفذ فيه العتق كاستيلاء المجنون والمحجور عليه وكذا المريض ينفذ استيلاؤه من الاصل واعتاقه من الثلث ولا تنافي بين المنع من بيعها وبقاء الرهن ترصا لموت الولد ومنعا للمالك من التصرف (وفيه) ان العموم معارض بما هو اقوى منه واكثر فيخص به وسبق نعلق الحق هو القاضي بالفرق بين ما نحن فيه وما مثلوا به والتربص تعطيل لحق المرهن وتعلق بعير المعتاد (وهناك) قول رابع حكاه في المسالك وهو جواز بيعها مع وطئه بغير اذنه ومنعه مع وقوعه باذنه وحكى عن الشهيد اختياره في بعض حواشيه وهو قوي موافق للاصول والاعتبار ان لم يكن حارقا للاجماع على الخلاف (وهناك) قول خامس لابي حنيفة لم يحتمله احد من اصحابنا وهو انها تعتق مطلقا فان كان معسرا استسعت في قيمتها وان كان موسرا الزم رهن قيمتها

وكذا لو وطأ أمة غيره بشبهة (متن)

(قلت) هو مقتضى القياس على استيلاء المجنون والمجور عليه هذا كله إذا جلت أو ولدت ولم تمت أو لم تنقص قيمتها أما لو ماتت بالطلق أو قصت قيمتها بالولادة فالصواب أن لا قيمة ولا ارش إذا كان الوطؤ مع الاذن كما نبه عليه في جامع الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وقد اطلق المصنف الحكم بان عليه القيمة فينزله على ما ذكرنا والا فقد يقال ان اضافة الهلاك الى الوطئ ولو كان بغير اذن بعينه واحالته الى علة اخرى وعوارض تعرض اقرب من اضافته الى الوطئ الا ان تقول انه سبب ظاهر كحفر البئر ونحوه وحيث يجب الارش او القيمة يكون رهنا معها وله ان يصرفه الى قضاء الحق ولا يرهن وهل تباع قبل ان تسقيه اللبن الظاهر ذلك اذا وجد من يسقيه او شرط على المشتري سقيه وعدم المسافرة بها والا فلا عملا بخبر الضرار ومواقفة للاعتبار (الصورة الثالثة) ان يطأها المرتهن باذن الراهن فالوطؤ جائز ولا حد ولا مهر والولد حر لاحق بالمرتهن وقد حكى على هذا الاجماع في الخلاف والمبسوط وفي (الغنية) نفى عنه الخلاف وظاهر الخلاف الاجماع على انه لا يلزم الاب قيمته ونص عليه في (المبسوط والغنية والسرائر) وفي (الدروس) انه لا مهر ولا قيمة عند الشيخ وهو بعد الا أن يحمل على التحليل لكن كلام الشيخ ينفيه لان الغرض من الرهن الوثيقة ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطئ وغيره من المنافع المعرضة للنقص أو الاتلاف انتهى فتأمل فيه ولم يرجح في التذكرة لكن للشيخ في المبسوط والخلاف والسيد حمزة في الغنية كلام يعطي تحريم الوطئ على المرتهن مع اذن الراهن قال في (المبسوط) اذا وطأها باذن الراهن فان لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا وقال في (الخلاف) اذا وطأ الجارية المرهونة باذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر انتهى ومثله قال في الغنية وكأنه مخالف للاجماع فلمعه محمول على اشتراط التلغظ بالتحليل أو على وطئها على صفة لا يباح معها الوطؤ كما اذا كانت محرمة أو في حيض لكن ذلك في غاية البعد عن عبارة المبسوط فليلحظ ذلك وهل تصير أم ولد في الحال أولا تصير ولو ملكها المرتهن بعد ذلك ففي (الخلاف والمبسوط والتحرير) انها لو اشتراها المرتهن صارت أم ولده واستدلوا عليه بالاستتقاق وفي (المختلف) انها لا تصير بذلك أم ولد وهو ظاهر التذكرة وهو الظاهر وهذه يجوز بيعها بلا خلاف كما في السرائر (الرابعة) أن يطأها بدون اذن فان كان ظنها زوجته أو أمته فلا حد وعليه المهر والولد حرّ وعليه قيمته للراهن يوم سقط حيا وان ادعى الجهالة وكانت محتمة قبلت دعواه ثم ان أكرهها وحب المهر وكذلك يجب ان ادعت الجهالة وكانت محتمة ويسقط عنها بذلك الحد وان كان عالما فهو زان وعليه الحد ويجب المهر ان كانت مكروهة اجماعا وان طاوعت فقولان ذكرهما غير مرة وان كانت جاهلة حد هو دونها ولو أحبلها كان الولد رقيقا لان نسبه لا يثبت للمرتهن لانه زان فيتبع الولد الام هذا وأما اذا رجع عن الاذن بعد الوطئ لم ينفعه الرجوع وان رجع قبله فان علم برجوعه فقد سقط اذنه ولا يجوز له وطؤها وان لم يعلم وفعل كان مافعله ماضيا وقد قيل انه لا يكون ماضيا كما نبه على ذلك كله في المبسوط  قوله  وكذا لو وطأ أمة لغيره لشبهة أي يجب القيمة للمالك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة فماتت في الطلق وظاهر التذكرة الاجماع عليه حين قال عندنا لان الوطأ استيلاء عليها والعلوق من آثاره فأدنا به اليد والشبهة انما تمنع الاثم لاسقاط

ولا يضمن زوجته ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاء اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاحبال او الاعلى نظر ولو باع الراهن باذن المرتهن صح ولا يجب رهنية الثمن الا اذا شرط ولو قال اردت بالاطلاق ان يكون الثمن رهنا لم يقبل ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو اسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد (متن)

ضمان مال الغير ومنه يعلم حكم ما اذا كان بدون شبهة بالاولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يضمن زوجته ﴾ بلاخلاف كما في التذكرة لان الوطأ مستحق شرعا فلا يترتب عليه ضمان اذ لا عدوان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاء اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد ﴾ احتراز بالحرة عن الامة فانها تضمن مطلقا وبالمختارة عن المكره فانه يجب عليه ضمانها لان التكوين من نطقته والسبب في التلف صادر عنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاحبال او الاعلى نظر ﴾ الاصح اعتبار قيمته يوم التلف كما تقدم الكلام في ذلك مستوفى في البيع الفاسد والعين المغصوبة وليس المراد بالاعلى في كلام المصنف الاعلى من يوم التلف ويوم الاحبال بل الاعلى من يوم الاحبال الى حين التلف والمراد بالقيمة القيمة السوقية فلو نقصت لتقصان في العين ببيع ونحوه فهو مضمون قطعا كما في (جامع المقاصد) وقد اوضحنا الكلام في ذلك أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع الى آخره ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك عند شرح قوله ولو أعتق الراهن بأذن المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل ﴾ كما في (المبسوط والتحرير والدروس وجامع المقاصد) ومرجه الى الاختلاف في النية ووجهه ان الاعتبار بما دل عليه اللفظ ولا دلالة في الاذن في البيع على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ﴾ أي الراهن كما فهمه في (جامع المقاصد) مختار له وفاقا للدروس وفي (التذكرة) حلف المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو ظاهر المبسوط قال لو قال أذنت بشرط أن تعطيني حتي منه فقال الراهن بل مطلقا فالقول قول المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو نظير ما نحن فيه وقال في (التحرير) بعد نقل ذلك عنه عندي فيه اشكال وكذا لو قال أذنت بشرط جعل الثمن رهنا انتهى فهو في التحرير مستشكل فيما نحن فيه أيضا وقد يكون الايمان بلفظ المنكر دون الراهن في كلام المصنف للاشعار بسبب تقديم قوله وهي كونه منكرا وقد يكون لما سمعته عن التذكرة والمبسوط فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ﴾ المراد بانعكاس الفرض أن يبيع المرتهن باذن الراهن وقد صرح بذلك جماعة كثيرون وقد تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو أعتق الراهن باذن المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ﴾ استشكل المصنف هنا وفي الارشاد في كون طلب المرتهن الشفعة اجازة والظاهر انه اجازة كما هو خيرة غاية المراد وجامع المقاصد وجمع البرهان ولا تبطل به الشفعة اما الاول فلان الشفعة مسبوقة ببيع صحيح وهو فرع رضى المرتهن

فطلبها يدل على رضاه بالبيع لأنه طلب معلول البيع فثبت العلة ضرورة اذ يجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح لوجوب صيانة كلامه شرعا عن الهذريه مع الامكان لان طلبها قبل البيع غير مشروع وفعل المسلم لا ينزل الا على المشروع ولا ريب ان الشفعة تابعة لملك المشتري سواء كان لازما أو جائزا وان وقع الخلاف في الجائز فيمتنع القول بأن المرهمن غير مجيز على تقدير القول بترتب الشفعة على العقد المطلق أعني المملك اذ قبلها لا مملك لكنه طلبها فيمتنع على تقديرها انتفاء الملك الا أن يقال ان الشفعة والفسخ متساويان كما ستسمعه عن الايضاح وتعرف ضعفه والدلالة دلالة اقتضاء وهي معتبرة وان كانت لا تستفاد من اللفظ بمجرد بل بمعونه شيء آخر وبذلك فارقت دلالة الالتزام لانها تستفاد من اللفظ بمجرد بشرط العلم بالوضع وتحقق اللزوم وأما الثاني فلان هذا الطلب استازم الرضا ببيع ترتب عليه طلب الشفعة كما عرفت ولا يزيد هذا الرضا عن رضی غيره من طالبي الشفعة وهو الذي حكاه الشهيد عن ابن المتوج ووجه احتمال كونه ليس باجازة ان اللفظ لا يدل عليها باحدى الدلالات الثلاث وأنه أعم لجواز صدوره حال الغفلة عن الرضا بالبيع وعن الرهن ولا دلالة للمام على الخاص كما في ( الايضاح والحواشي وجامع المقاصد وغاية المراد ) ووجهه في الايضاح أيضا بأن طلب ثبوت ملكه وازالة ملك المشتري هو طلب مساوي الفسخ يعني الشفعة فلا يثبت عليه ضده يعني ملك المشتري لانه انما صدر منه المساوي قلت معناه ان الفسخ والشفعة متساويان في طريق ازالة الملك عن المشتري فكما ان الفسخ لا يكون اجازة فكذا لاخذ بالشفعة وفي ( غاية المراد ) انه ضعيف لان الشفعة ازالة ملك بعد ثبوته والفسخ رفعه بالكلية فكيف يتساويان انتهى ووجهوا سقوط الشفعة ان قلنا ان الطلب اجازة انها رضی بالبيع والرضا بالبيع يسقط الشفعة وقد عرفت ان الرضا بالبيع الذي يترتب عليه طلب الشفعة لا يسقطها والا لم تثبت شفعة أصلا وقد قالوا ببقائها فيما اذا شهد أو بارك أو أذن في الاتباع أو ضمن الدرك أو توكل في البيع الموجب للشفعة وان كان بعضهم تردد وقال في ( الايضاح ) التحقيق ان هذه المسئلة تنبئ على أن الشفعة هل تثبت بمجرد العقد أم بلزومه فان قلنا بالاول لم تكن اجازة ولم تسقط الشفعة به وان قلنا بالثاني كان اجازة فتبطل الشفعة لان طلبها يدل على اجازته لتلزم الشفعة والا لم يصح الطلب انتهى ومعناه كما ان الشريك اذا اجاز البيع ورضي به بعد البيع بطلت الشفعة ومعنى الاول كما في شرحه على الارشاد ان الشفعة تنبع مطلق البيع القابل للزوم سواء لزم أولا فلا يدل الطلب على الرضا بالبيع فاعترضه المحقق الثاني بأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد الذي هو الايجاب والقبول لان هذا بمجرد لا يقتضي البيع فان البيع نفس النقل أو نفس الايجاب والقبول مقتضيين للنقل أو الانتقال فكيف يعقل اثبات الشفعة التي هي تابع من توابع البيع بمجرد العقد ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه انتهى وأنت خير بان قد يقال لعله أراد ان بيع الرهن بيع صحيح لازم من طرف الرهن قابل للانتقال واللزوم الاجازة أو البراء أو اسقاط حق الرهانة لان هذه تكشف عن الانتقال حين العقد فكان حال طلب الشفعة كحال التمام المتجدد في العقد والاجازة فان اكتفينا بمثل ذلك في ثبوت الشفعة صح طلبها كما اكتفينا فيه بصحة العقد وان لم يكن لازما كما اذا باع والحيار له أو لهما فبناء على ذلك لم يكن حينئذ طلب الشفعة اجازة لانه لعله باذرا الى طلبها لانه يريد أن يسقط حق الرهانة ليأخذ بالشفعة ويكون قد فاز فيكون ذلك منه اشارة الى خلاف ما ذكر والده من الاشكال وما بعده من قوله ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ولهذا سماه تحقيقا مضاعفا الى

ويجوز ان يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه او لغيره او وضعه على يد عدل وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ ( متن )

أنه لا يكاد يتحصل لقوله ولو أسقط الى آخره معنى صحيح اذ لا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه لثبوتها بل لو كان جائزا من الطرفين ثبتت كما عرفت ثم انك قد عرفت أيضا أنهم قالوا ببقائها فيما اذا شهد او بارك وقد سلف له ان الاقرب لزوم العقد من طرف الراهن فليتأمل في ذلك جيدا وستسمع تفسيره في جامع المقاصد وكيف كان كلام المصنف فلا يرد على كلام ولده على النحو الذي وجهناه به ما أورده عليه في جامع المقاصد من قوله ان في كلام المصنف ولو أسقط حق الرهانة ما يدل على عدم صحة بناءه لانه بعد اسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق الشفعة على تقدير القول بلزوم العقد لانه حينئذ يكون بيعا صحيحا وبدونه هو كالفصولي لا يشر ملكا ومقتضاه انه لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم اذ ليس بيعا ولا يشر ملكا فلو كان بناء الشارح الاشكال صحيحا لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد في ثبوت الشفعة منافيا للتردد المستفاد من الاشكال انتهى ونقلناه بتمامه لان فيه تبيانا للمراد من عبارة المصنف وهو كما ترى وكيف لا يكون عقد الفصولي بيعا ولا يشر ملكا ثم انه يبيع في ملك فكان كالفصولي وكيف لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم مع وجود العقد المملك والشارح لم يبين الاشكال على ما حقق وانما بنى المسئلة ولكن يبقى في كلام الايضاح أشياء وهي أن المقابلة بين الشقبن على ما نزلنا عليه كلامه ليست تامة والشقان في أنفسهما أيضا ليسا تامين على أي توجيه كان وما ذكرناه تأويل وتنزيل والا فالظاهر أن ايراد صاحب جامع المقاصد متوجه عليه وعلى كل حال ينبغي التأمل في هذا المقام

﴿ قوله ﴾ ويجوز أن يشترط المرتهن في العقد الوكالة لنفسه أو لغيره ﴿ كما ﴾ ( في المبسوط والخلاف والهيئة والسراير والشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفاية ) وهم فضبة كلام الباقيين وفي ( الرياض ) فنى الخلاف عنه وفي ( الغنية ) الاجماع على جواز اشتراطه في العقد لنفسه ولا قائل بالفرق ويدل عليه الاصل والعمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود والشرط السائغة أي الغير المتألف للكتاب والسنة ﴿ قوله ﴾ ﴿ و وضعه على يد عدل ﴾ هذا أيضا مما لا خلاف فيه وفي ( الخلاف ) الاجماع عليه و به صرح في المبسوط والسراير وأكثر ما تأخر عنهما ويأتي تمام الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولبس الراهن فسخ الوكالة حينئذ ﴾ كما في ( المبسوط والخلاف والسراير وجامع السرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية ) وهو ظاهر كثير من الباقيين وقد يظهر من السراير أن لا يخالف من حيث نسب الخلاف الى بعض أهل الخلاف وحكاة في المبسوط بلفظ القيل ولعله أراد الشافعي في أحد قوله وتردد في السرائع في اللزوم وضعفه في اللمعة بأن المشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أدخل بالشرط لا وجوب الشرط وربما احتل في وجه ترده في السرائع بأن الوكالة من العقود الجائزة ومن شأنها نسلط كل منهما على الفسخ وان لزوم الشرط انما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع وليس الرهن كذلك لان ترجيح أحد طرفيه ترجيح بلا مرجح والوجه الثلاثة ضعيفة جدا فالاول مع عدم لزوم الوفاء بالشرط اذ المشهور الوجوب كما تقدم بيانه خصوصا فيما يكون العقد المشروط كافيا في تحققه كالوكالة لانه يصير كجزء من الايجاب والقبول يلزم حيث يلزمان والثاني بأن جواز الوكالة بحسب

نعم لو مات بطلت دون الرهانة ولو مات المرتهن فان شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم ينتقل اما الرهنية فتنقل بالميراث كالمال بين الورثة ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية ( متن )

الاصل لا ينافي لزومها بسبب كالاتي في العقد اللازم والثالث بأن عقد الرهن لما كان لازماً من طرف الراهن كان ما يلزمه الراهن على نفسه بعقده لازماً من قبله عملاً بمقتضى اللزوم والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزمه واما تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروطة فيه الوكالة فغير متوجه فيما نحن فيه لانه دفع ضرر أقوى منه نعم لو كان مشروطاً في عقد لازم آخر كالبيع توجه الفسخ حينئذ الا أن المقصود هنا شرطها في عقد الرهن وهناك وجه رابع ذكره الصميري بعنوان السؤال وهو انه اذا مات الراهن بطلت الوكالة دون الرهانة كما ستسمع ولو كانت لازمة لما بطلت لان العقود اللازمة لا تبطل بالموت وأجاب عنه بما حاصله ان تغير حكم الوكالة لعارض لا يوجب تغير حقيقتها اذ هي استنابة الوكيل ومع موت الراهن لاستنابه ومع انتفاء الحقيقة ينتفي الحكم لان الحواز والمزوم من أحكام الوكالة ولا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة وهل للمرتهن عزل نفسه الظاهر ان له ذلك وكذلك الحال في الاجنبي فانه لمصلحته أيضاً فكأنه نفسه لجواز عقد الوكالة الا مع ثبوت اللزوم وهنا غير ثابت وقد يقال اذا كانت الوكالة والبيع مصلحة للراهن أو كانت لغيره انه ليس له عزل نفسه لدليل لزوم الشرط خرجت الوكالة الغير المشروطة وبقي الباقي ولانه يفوت الغرض من التوكيل وفيه نظر ظاهر ﴿ قوله ﴾ نعم لو مات بطلت دون الرهانة ﴿ كما هو قضية كلام المسوط وصريح الشرائع والنافع والتحرير والارتداد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية لان الوكالة استنابة في فعل مخصوص بحال الحياة لان الوكيل ينعزل بموت الموكل ولا كذلك الرهانة بل تنتقل الى ورثة المرتهن كما كانت له لانها حق من الحقوق المتعلقة بالمال فيكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثة ﴿ قوله ﴾ ولو مات المرتهن فان شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم تنتقل اما الرهنية فتنقل بالميراث كالمال بين الورثة ﴿ ذكر هذا مع امكان فهمه مما سبق ليعين أن الوكالة تنتقل مع الشرط فاقضى المقام ذكر عدم انتقالها بدونها وذكر الرهنية ودليل انتقال الوكالة مع الشرط أداة لزوم الشروط اذ الظاهر عدم المانع منه وانه مشروع وبذلك صرح في ( الارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ) ولم يتأمل فيه سوى المولى الاردبيلي وكان تأمله في محله فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية ﴿ اذا ظهر استحقاق الدين لغير المدين صح الرهن وكان التماثل فضولياً فاذا أجاز المالك صح ولزم ولا فرق في ذلك بين كونه باقرار أو بينه ومتسله الوبايع المرتهن الدين الذي استحقه في ذمة الراهن فقد حكى الشهيد عن املاء فخر الاسلام انه نقل الاجماع على أن الرهن ينتقل الى المشتري وانه حكاه أيضاً على انه ينتقل الى الوارث أيضاً اذا انتقل الدين اليه بالارث وانه قال انه في هذه الصور كلها لا ينتقل حق الوكالة والوصية ومعنى عبارة المصنف انه لو أقر المرتهن بأن الدين الذي وقع عليه العقد لا يخر صرح الاقرار وثبت كون الدين والرهانة به حقاً للمقر له اذ الحاز ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد الرهن أو غيره من العقود اللازمة كونه وكيلا في البيع حال حياة



وإذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا والا فالخالكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه ( متن )

الراهن ووصياً في بيعه بعد موته لم ينتقل ذلك الى المقر له لانه خلاف المشروط ولان ذلك استنباه عن الراهن لاحقاً يختص به المرتهن ليعقل نفوذ اقراره فيه ولا حاجة في تفسيرها الى تصوير انه أقر انه كان وكيلًا كما صنع في جامع المقاصد ثم اعترض عليه (أولاً) بأنه لا انتقال هناك بل الرهنية بمقتضى الاقرار حق للمقر له من أول الامر الا أن تقول ان لم تفسر بذلك التفسير احتاجت الى تقدير اذا أجاز كما صنعت ثم انه قد يكون المراد على ذلك التفسير انه ظهر انتقال الرهنية (وثانياً) بأنه انما تثبت الرهنية للمقر له بشرط كونه وكيلًا عنه واعترافه بأنه أوقعها عنه وظاهر العبارة ان مجرد ايقاع الرهانة بين الراهن والمرتهن كاف في ثبوتها انتهى وهي مناقشة هينة جدا على التقديرين (وثالثاً) بأن العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله والوصية فانه وان جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر لكن لم يجر للوصية ذكر أصلاً في دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء قوله ﴿ واذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا ﴾ يريد انه أي المرتهن اذا كان وكيلًا باع الرهن بنفسه مع حلول الدين اما بأصله أو بانقضاء أجله حتى لو كان حالاً فله البيع في مجلس الرهن مالم يشترط عليه تأخير التصرف الى مدة يقوم مقام تأجيل الدين وعلى ذلك أي كونه وكيلًا حمل ما روي في الكافي والتهذيب والفتاوى عن اسحق بن عمار في الموثق برواية الثالث وظاهر الكتاب والشرائع والنافع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح والكفاية انه يجوز له استيفاء دينه من الثمن مطلقاً حيث عبر فيها بمثل عبارة الكتاب ماعدى النافع فان فيه انه لو كان وكيلًا في بيع الرهن فباع بعد الحلول صح البيع فانه لم يفرض فيه الامتناع والتعذر وفي (النهاية والسرائر) التقييد بما اذا كان وكيلًا في البيع واستيفاء حقه لكنه في السرائر فرض المسئلة فيما اذا غاب ولا مغايرة كما ستعرف في آخر البحث ونحوها مافي الكفاية وربما قيد بتوافق الدين مع الثمن في الجنس والوصف والوجه في الاول الاستناد الى ما دل على جواز المقاصة عند الامتناع من أداء الحق من نفي الحرج والضرر في الشرع والى ماعد من الحسن أو الصحيح الدال على جوازها عند الخوف من جحود وورثة الراهن وغيره والمظنة قد تقضي بجراباتها فيما نحن فيه بل فيما في النافع على انا قد تقول ان الاذن في البيع بعد الحلول قرينة على الرخصة في الاستيفاء في الاغلب فنزل عليه الاطلاقات المذكورة وقد يستدل على ذلك بقول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سان استوثق من مالك إذ الظاهر أن الاستيفاء باعتبار أخذ الدين من الرهن بعد الامتناع من الاداء واحتمال ارادة الحجر عن الانتفاع بعيد والوجه في التقييد أن الاصل عدم الحواز ولا دليل عليه سوى الاذن في البيع وهو لا يستلزم الاذن في الاستيفاء (وفيه) أن التقييد المذكور مع الغض عما ذكرنا لا يجدي لعدم قيام دليل صالح عليه وان قيل بمثله فيما اذا كان مافي ذمة المدون مثل الدين في الوصفين فانه يجوز له المقاصة والتهاثر من دون توقف على المراعاة كما مر مثل ذلك عن الشهيد في باب القرض فليأمل فيه وفي (السرائر والارشاد والمختلف) عبارات أخرى وهي اذا حل الدين لم يجز بيعه الا أن يكون وكيلًا وهذه قد تعطي ما يفهم من عبارة الكتاب ونحوها قوله ﴿ واذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا والا فالخالكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه ﴾ أي وان لم

( الفصل الرابع ) في الحق وشروطه ثلاثة ان يكون ديننا لازما أو آيلا اليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالنصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال ( متن )

يكن ويكلا طلب من الراهن البيع أو الاذن فيه فان فعل والا رفع أمره الى الحاكم والمصنف طوى ذلك لظهوره فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه لانه ولي الممتنع وله حبسه لان ذلك حق عليه ويدل عليه الخبر المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام وكذا له تعزيره والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك للحاكم بل يمكن أن يقال انه يجب عليه ذلك كما هو صريح السرائر وقد يفهم ذلك من التذكرة وغيرها وقد تقدم مثله وقد يحمل موثق اسحق بن عمار الذي أشرنا اليه آنفا على ما إذا أذن الحاكم وقد اختلفت عباراتهم في المقام اختلافا لا يؤدي الى اختلاف في الحكم فالمبسوط كالكتاب وفي (الشرايع) والا رفع أمره الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبسه وله أن يبيع عليه وفي (التحرير) والا رفع أمره الى الحاكم وللحاكم حبسه حتى يبيع أو يوفيه وفي (الدروس) للحاكم بيعه وله حبسه وتعزيره حتى يبيع بنفسه وفي (الوسيلة) اذا لم يأذن أو غاب باعه الحاكم وفي (السراير والمختلف والارشاد) اذا حل الدين لم يجر بيعه الا أن يكون وكلا أو ياذن الحاكم وفي (الكفاية) ان لم يكن وكلا في البيع لم يكن له البيع بنفسه لا أعرف فيه خلافا (قلت) أطلق أبو الصلاح جواز البيع مع عدم التمكن من استئذان الراهن وفي (التذكرة) انه لو لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما ان من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة له له بيعه ويأخذ حقه والظاهر ان مراده بعدم كونه في الحاكم في البلد كونه بعيدا بحيث يشق التوصل اليه عادة لا مطلق كونه في غير البلد ونحوه ما في جامع المفاسد قال لو لم يكن الحاكم موجودا باع بنفسه ولو أشهد شاهدي عدل كان أولى ولو تعذر اثبات رهانة عند الحاكم باع بنفسه وان كان مع وجود الحاكم امثلا يضيع حقه ونحوه ما في الميسية والمسالك لكنهما عبرا عن الحكم الاول بتعذر وصوله الى الحاكم لئلا يبعده وقد يكون مستندهم في ذلك دفع الضرر والخرج واطلاق موثق اسحق المتقدم وقد لا يعارضه في المقام الموثقان الآتيان لعدم انصرافهما اليه فليلاحظ وزاد في المسالك ما اذا افتقر الى اليمين لكون المدعى عليه غائبا ونحوه فانه احتمال فيه جواز الاستقلال دفعا لمشقة الحلف واستظهر عدمه لا مكان الاستيفاء من وكيل المديون وهو الحاكم فلا يستبد بنفسه وقول المصنف وغيره اذا امتنع الراهن من الاداء يشمل ما اذا كان حال غيبته أو حضوره ولذا فرضت المسئلة في السرائر فيما اذا غاب وقد تضمن موثقا عبيد وابن بكير انه اذا غاب الراهن لا يباع الرهن حتى يجيء وقد حملا على ما اذا لم يكن وكلا <sup>قوله</sup> <sup>في</sup> الفصل الرابع في الحق وشروطه ثلاثة أن يكون ديننا لازما أو آيلا اليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالنصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال ﴿ قد طفحت عباراتهم بأن الحق هو الدين الثابت في الذمة صرح بذلك في (المبسوط وفقه الراوندي وجامع الشرائع والشرايع والنافع والارشاد والتذكرة والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والمفاتيح) وقال في (الشرايع) كالقرض وضمن المبيع ومثله ما في اللمعتين وقال في (النافع) مالا كان أو منفعة وقال في (التذكرة) أن يكون ديننا ثابتا في الذمة حالة الرهن لازما ثم قال ثابت في الذمة اما بالفعل أو بالقوة وفي

(مجمع البرهان) كأن دليله الاجماع وفي (المسالك والروضة والكفاية) انه الدين الثابت في الذمة وان لم يستقر وزاد في الدروس الذي يمكن استيفاؤه من الرهن ومراهمه بالثابت في الذمة كما بينه جماعة ما كان مستحقا فيها أعم من أن يكون ثبوته مستقرا كسائر الديون أو غير مستقر كالثمن في زمن الخيار كما سمعت التصريح به عن بعض وظاهر اشتراطهم كونه ديناً عدم جرازه على العين مطلقاً مضمونة أو غير مضمونة وستعرف المصريح بالجواز وظاهرهم انه لا بد من ثبوته في الذمة قبل الرهن وستعرف القائل بجوازه مع المقارنة (اذا عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فالمراد بكونه لازماً اما اللزوم الحقيقي كالدين اللازم وبالأيل الى اللزوم الثمن في زمن الخيار واما أن يكون المراد بكونه لازماً أن يكون ثابتاً في الذمة فانه سيأتي له جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وبكونه آيلاً الى اللزوم أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل كما في مسألة التشرية بين الرهن وسبب الدين وهي صورة المقارنة كما يأتي وعلى تقدير بطلان هذه الصورة لا يبقى لاشتراط أحد الامرين من كون الحق ثابتاً أو آيلاً الى الثبوت وجه أصلاً الا أن يقال انه يتحقق في الاعيان المضمونة فانها لكون الحق فيها آيلاً الى الثبوت لوجود سببه يصح الرهن بها من هذه الجهة فلا يبقى مانع لاجهة كونها أعياناً لكنه قال في (التذكرة) يشترط مع ثبوت الدين لزومه فعلا حالة الرهن أو قوة قريبة من الفعل كالثمن في مدة الخيار لتقرب حاله من اللزوم وقال ما كان الاصل في وضعه الجواز كالجعل في الجمالة فان كان قبل الشروع في العمل لم يصح الرهن عليه لانه لم يجب ولم يعلم فضاؤه الى اللزوم فليحفظ ذلك فانه يناسب ابقاء عبارة الكتاب على ظاهرها وأراد بإمكان استيفاء الحق من الرهن اخراج الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كالاجير الخاص فانه لو تعذر لم تستوف المنفعة من غيره فلا رهن على المنفعة كما ستسمع وبيان عدم صحة الرهن على الاعيان مطلقاً امتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر وهو أي عدم الصحة في غير المضمونة موضع وفاق كما في جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح واستظهر المولى الاردبيلي من التذكرة عدم الخلاف واما المضمونة فالمنع فيها خيرة الغنية والسرائر والرياض وظاهر اطلاق المحقق وجماعة كما عرفت ونسبه في الرياض الى الاكثر وفي (المسالك والكفاية) أطلق المحقق وجماعة المنع وهذا أثبت مما في الرياض وحجتهم الاصل وأن لا دليل على الصحة لعدم الاجماع واختصاص الآية الشريفة وجملة من النصوص بالدين وعدم انصراف اطلاق باقيا الى محل الفرض لانه سبق لامر آخر وما سمعته عن المصنف وغيره من عدم استيفائها بعينها من شيء آخر (وفيه) ان العمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعمومات هي الدليل القاطع الاصل ولم يعلم عدم تداولها في زمن الشرع (الشارع خ ل) حتى لا تتناولها هذه العمومات ولم تتحقق الشهرة على المنع حتى تكون اشارة على عدم التداول في العصر المذكور يستند اليها في الجملة مضافاً الى التقطع بتداول حبس الرهن فيه ودعوى ان ذلك يسمى رهناً لغة وعرفاً واما الاخير فيرد (أولاً) بإمكان التوثيق بأخذ العوض عند التلف كما ستعرف الحال في ذلك (وثانياً) بعدم جريانه في الدين المجمع على جواز الرهن عليه فان ما يستوفى من الرهن أو ثمنه ليس عين الدين الكلي الذي اشغلت به الذمة لانه مغاير لجزئياته ولو في الجملة ولذلك اختير جواز الرهن عليها في التذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ووال اليه أو قال به في المفاتيح للاصل والعمومات وهو عمدة صدر من أهله في محله ولا مانع الا ما ذكر في حجة المنع كما قد عرفت الحال في ذلك كله وان معنى التوثيق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون وذلك هو المقصود من

ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتره منه فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصح بذلك رهنا (متن)

الرهن إذا المعقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن يستوفي منه عند الحاجة وهذا كما يصدق في الرهن على الدين يصدق على الرهن في موضع النزاع وعساک تقول فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان لثبوت التوثيق بهذا المعنى في الرهن عليها فيجب بوجهين (الأول) أن التمازق الإجماع لانعقاده على عدم الجواز فيها ووقوع الاختلاف هنا (الثاني) أن العين في محل البحث مضمونة عند الرهن فمهدتها متعلقة بالذمة ولا كذلك العين المضمونة (وفيه) أن مضمونيتها عند الرهن مشروطة بالتلف وليست بالفعل على اليقين والضمان بالشرط جار في نحو العارية فإنها وإن لم تكن مضمونة عند العقد بمجرد التلف فيما بعد إلا أنها مضمونة به مع التفريط فكل منهما مضمون عند العقد في الجملة وإن كان الضمان في الأول بمجرد التلف وفي الثاني به مع التفريط وبمجرد الاقتراق في ذلك غير مجد للفرق بعد دعوى عموم دليل الجواز للاشتراك في الضمان في الجملة الذي جعل عليه المدار في صحة الرهن فالمدار في الفرق على الإجماع وقد استدلى في (المفاتيح) على الجواز فيما نحن فيه بما ورد في المستفيضة المتبعة من جوازه على خصوص المضمون كما في الخبر عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك ما استطعت ولعله من حيث اشعار التعليل بالاستيثاق بالعموم فليلاحظ ذلك ولم يرجح أحد القوايين في التفتيح والكفاية وبنى المسئلة في الأول على تعريف الوثيقة من أنها ما يستوفي منه الدين أو يستوفي به الدين وقد عرفت الحال في ذلك (ومما ذكر) يعرف وجه الأشكال في كلام المصنف حيث قال فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كقصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على أشكال فالأشكال كما في جامع المقاصد إنما هو في الأعيان المضمونة وفي (حواشي) الشهيد أنه راجع إلى الجميع ويرده دعوى الإجماع كما عرفت وهل يجوز أخذ الرهن على الثمن للمشتري أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع جوزه في (جامع المقاصد) بل استظهر أن أخذ الرهن على الصنعة حذرا من نقصها (نقصانها خل) كالرهن على البيع وقد نسب ذلك في المسالك إلى الشهيد وجماعة وفي (التحرير) يجوز أخذ الرهن على الدرك والمغصوب وكل ما أشبهه في الحقوق التي تثبت في العين على أشكال وفي (الدروس) يجوز أخذ الرهن على عهدة الثمن وكذا المبيع والاجرة وعوض الصلح جوزنا الرهن على الأعيان وظاهر مجمع البرهان أن ذلك ليس محل خلاف حيث قال ولهذا نجد تجوزهم الرهن في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك انتهى وقال في (التذكرة) عهدة البيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها لأن الرهن بها يبطل الأرفاق فإنه إذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي ألفا فكانه ما اقتضى الثمن ولا ارتفق به (وفيه) أنه يرد عليه مثله فيما إذا رهن على ثمن المبيع مؤجلا فتأمل وفي موضع آخر من التذكرة قال لا يصح عندنا وقد يوجه المنع فيما نحن فيه بمحصل الضرر بحبس الرهن دائما إلا أن ننزل ذلك مستندا إلى الراهن ولعلهما إذا أمنا الاستحقاق يتفاكان **قوله**

ولا على ما ليس بثابت كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتره منه **قوله** قد حكى الإجماع على عدم الصحة في ذلك في (التذكرة وجامع المقاصد) وظاهر الكفاية حيث قالوا **قوله**

**قوله** فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصح بذلك رهنا (١) المخالف في ذلك أبو حنيفة ومالك وفصل (١) كما إذا أراد أن يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فوهن عنده ثوبا قبل أن يستقرض منه الدراهم (منه قدوة)

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز اشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه آكد ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو قدم الارتهان لم يصح (متن)

بعض الشافعية بأنه ان عين ما يستقرضه لزم والا فلا (احتج أبو حنيفة) بأن ذلك وثيقة فجاز أن يكون عقدها موقوفا على حق يحدث في المستقبل قياسا على ضمان الدرك (وفيه) انه جاز للحاجة اليه والاحتيا للال بخلاف ما نحن فيه والسرفيه ان العقود اذا اشترط تأخير مقتضاها لم يتحقق الانشاء الصريح للفعل المطلوب ثبوته حالا ولا سيما اذا اعتبر فيه لفظ الماضي  قوله  ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز اشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه آكد ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو تقدم الارتهان لم يصح  قد تقدم عند شرح قوله في اول الباب وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ماله نفع في المقام (وتنقيح البحث) ان يقال هنا مسائل (الاولى) ان يقول بعتك العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت (الثانية) ان يقول بعتك هذا العبد وارتهنته بكذا فيقول اشتريت ورهنت (الثالثة) ان يقول بعتك هذا العبد على ان يكون رهنا في يدي (الرابعة) ان يشترط البائع ان يسلم المبيع الى المشتري ثم يردده الى يده رهنا بالثمن والكل محل خلاف (اما الاولى) فقد حكم فيها بالصحة في المسوط والتذكرة والتحرير ونفى عنها البعد في مجمع البرهان لعدم الادلة وعدم ظهور مانع الاشتراط ثبوت الحق حال الرهن وهو غير ثابت بالدليل في محل النزاع وقد جوزوا في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك ولان الحاجة تدعو اليه فانه لو لم يعتقد مع ثبوت الحق وشرط فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكان الخيار الى المشتري ولعله لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق ولان شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذا مزجه بهما بل هو أولى لان الوثيقة هنا آكد فان الشرط قد لا يفي به وهذا مراد المصنف لاما فبه في جامع المقاصد من أن الصحة هنا آكد فقال ما ادعاه من الآكديه غير واضح فان اشتراط الرهن في العقد الذي يقتضي وحوه وثبوته غير انشاء عقد الرهن والمشرط بثبوت الحق في الذمة هو الثاني دون الأول ولان اشتراط الرهن مقتضاه اثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته وأما الرهن فانه أنشأ التوثق وانما يكون بحق ثابت اذ لا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد انتهى وفيه (اولا) أنك قد عرفت انه لم يقم دليل على اشتراط ثبوت الحق حال الرهن (وثانيا) أنه في الحقيقة وعند التحقيق لا ثبوت فيهما وإنما هو الاول الى الثبوت لانه اذا شرط عليه الارتهان كان الرهن جزءا من الثمن فلم يقع البيع تاما الا بعد الرهن فيلزم أن يرهن الرهن على الثمن قبل تمام الشراء واستيفاء الثمن فليتامل جيدا (ثم) ماذا يقول فيما اذا قال البائع بعد ذلك ارتهنت أو قبلت فان الصحة حينئذ مقطوع بها كافي الدروس أترأه يعني ذكر الارتهان في ايجاب البائع ويعتمده في قبول المشتري والبائع أم يقول ذلك القبول من المشتري ايجاب بناء على ما اعتمده في أول الباب من وجوب تقديم الايجاب وان المعاطاة لا تجرى

في الباب ولذا قال في المقام ويشكل على الصحة في المسئلة تقديم قبول الرهن على ايجابه وهذا الاشكال في محله بناء على ماهو الظاهر من الاكثر من أنه لا بد من تقديم الايجاب على القبول كما بيناه في أول الباب وقلنا انه قال في التذكرة ان الخلاف في الاكفاء في الرهن بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع آت هنا والشهد في الدروس استشكل من هذه الجهة ومن غيرها لكن هذه كانت أوقع في نفسه فانه بعد أن ذكر وجهي الصحة والمنع وبينهما أحسن بيان قال ويحتمل المنع لان شتم الرهن في صورة الاشرط موجودان بخلاف هذه الصورة فانه لم يوجد الا شق الايجاب والاشرط المتقدم لا يعد قبولا وفي حكمه الاستيجاب بل هو أضعف منه وقد حكم في الايضاح وجامع المقاصد بالطلاق وهو ظاهر المختلف في مقام آخر وتقل في الرياض حكايته عن الاكثر ولم نظفر بالحكي لما عرفته من تقدم القبول ومن توقف الرهن على تمامية الملك بمعنى أصل الاستحقاق والتبوت وان مساوات هذا الرهن الاعيان المضمونة والدرك غير واضحة فان هناك حقا في الجلة بخلاف ما هنا وأما الصورة الثانية فقد حكم بالصحة فيها في الايضاح مع حكمه في الاولى بالطلاق والفرق غير ظاهر واستند الى الصحة بأنه لا أقل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بمحصل شرط الصحة ومن الغريب أنه حكى فيه عن المبسوط أنه قال فيها بالطلاق والموجود فيه في أول الباب التصريح بالصحة كما حكاه عنه والده في المختلف والفاضل السركي وأما الصورة الثالثة والرابعة فقد حكم فيهما بالطلاق الشيخ في المبسوط وابن ادريس وسبطه صاحب الجامع قال في (السرائر) وهذا معنى قول شيخنا المفيد اذا اقترن الى البيع اشراط في الرهن أفسده وان تقدم أحدهما على صاحبه حكمه به دون المتأخر (واحتج) على ذلك في (المبسوط والسرائر) بأن شرطه أن يكون رهنا لا يصح لانه شرط أن يرهن الا يملك فان المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد واذا بطل الرهن بطل العقد لان البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع والرهن يقتضي ايفاء الثمن من ثمن المبيع وذلك متناقض (وأياضا) فان الرهن يقتضي أن يكون أمانة في يد البائع والبيع يقتضي أن يكون المبيع مضمونا عليه وذلك متناقض قالا وأما اذا اشترط البائع أن يسلم المبيع الى المشتري ثم يردده الى يده رهنا بالثمن فان الرهن والبيع فاسدان مثل الاول (وفيه أولا) انه في المبسوط جوز المسئلة الاولى والثانية وهما أبعد من هاتين بل من جوزهما استند فيه الى أنهما كهايتين كما سمعت وقضية ذلك أن الجواز مسلم لا ريب فيه في هاتين بل هو صريح في المبسوط بذلك قال واذا ثبت جواز شرطه أي الرهن جاز ايجاب الرهن وقبوله فيه فيقول بملك هذا الشيء بألف وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن فقال المشتري اشتريته منك بألف ورهنتك هذا الشيء بالثمن الا أن تقول ان المفروض في كلامه هو أن المشروط رهنه غير المبيع فليلاحظ (وثانيا) انه قال في الخلاف اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع الذي كان الرهن شرطا فيه مستندا الى ان فساد الشرط لا يتعدى الى فساد الرهن ولا يرد البيع لانه لا دليل على ذلك (وثالثا) أنا منع من كونه رهن مالا يملك لان الرهن إنما يتم بعد كمال عقد البيع المتقدم القاضي بالملك فكان حينئذ مملوكا ثم ان الملك شرط في الرهن لا شرط في اشراط الارتهان وقد استوفينا الكلام في المسئلة من جميع أطرافه في الفرع الثاني من الفصل الثالث في شروط البيع وذكرنا الدور وبيننا الحال فيه فليراجع (ورابعا) أنا لا نسلم أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع بل المسلم أنه لا يقتضي ايفاء الثمن من ثمن المبيع وهذا لا يناقض ايفاء الثمن من ثمن البيع

ولو رهن على الثمن في مدة الخيار او على مال الجمالة بمعد الرد او على النفقة الماضية او الحاضرة صح لاعلى المستقبله والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة ( متن )

( وخامسا ) أنا لانسلم التناقض الاخير لانه لما جعله رهنا خرج عن كونه مضمونا عليه فلا تناقض ويبقى الكلام فيما أرده المفيد فانه لم يعلم مراده ولا سيما كلامه الاخير وقد فسره الشيخ في الحائريات بما لم يظهر لنا ولا لصاحب السرائر وجهه على أن حاصله قد ذكره المفيد قبل هذه العبارة فليحفظ ذلك في الكتابين والمراد بتقديم السبب في كلام المصنف تقديمه ايجابا وقبولا فلو تأخر فيهما أو في أحدهما لم يصح لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المتقضي لصحته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن على الثمن في مدة الخيار ﴾ ﴿ تقرب حاله من الزوم فيصح الرهن عليه كما في ( المبسوط والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ) وغيرها ولا ينافيه كون الفسخ بالخيار جائزا لان ذلك ابطال لما ثبت طار على الثبوت فهو بمنزلة عقد مستأنف ولو جعلنا الخيار ما نأمن من نقل الملك في الثمن الى البائع كما حكى عن الشيخ وقد عرفت لحال في محله امتنع الرهن عليه على الظاهر لوقوعه قبل ثبوت الدين ولا ريب انه لا يباع الرهن في الثمن ما لم تمض مدة الخيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على مال الجماله بعد الرد ﴾ أي تمام العمل اجماعا كما في ( التذكرة ) لانه لازم ثابت في الذمة حينئذ وبالصحة صرح في المبسوط والشرائع وأكثر ما تأخر عنهما لا قبله كما يأتي في كلام المصنف وبه صرح في الخلاف والشرائع وأكثر ما تأخر وفي ( الكفاية ) انه المشهور قالوا وان شرع فيه لانه لا يستحق شيئا منه الا بتامه ولا يعلم افضائه الى الوجوب والذوم واختار في التذكرة جوازه بعد الشروع قبل الاتمام لانتهاء الامر فيه الى الزوم كالثمن في مدة الخيار واحتمله في الدروس وهو ضعيف والفرق واضح لان المبيع يكفي في لزومه ابقاؤه على حاله فتنقضي المدة والاصل عدم الفسخ عكس الجماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على الممقة الماضية او الحاضرة صح لاعلى المستقبله ﴾ ﴿ كما ( في جامع الشرائع وجامع المقاصد ) والوجه في ذلك ظاهر لان الاوليتين واجبتان بخلاف المستقبله ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة ﴾ أي مطلقا لان المكتابة ان كانت مطلقة يجوز الرهن على مالها بلا خلاف كما في ( لمسالك ) ولا كلام فيه كما في الايضاح وعاية المرام وكذا حواشي الكتاب وان كانت مشروطة فقد جواز الرهن على مالها في ظاهر الشرائع وان كانت عبارتها غير جيدة وصريح التذكرة والتحرير والتأخير والارصاد والخلاف والايضاح والدروس والممعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهي ( غاية المرام والكفاية ) أنه المشهور عند المتأخرين لانها لازمة للمكاتب مطلقا عندنا كما في الخلف والخلاف الشيخ في المبسوط الماضي في الجواهر وابن ادريس وسبطه يحيى بن سعيد في الجامع قال في ( السرائر ) لان مال الكتابة المشروطة عندنا غير لازم وقال في ( المبسوط ) لا يجوز الرهن عليه لان العبد له اسقاطه عن نفسه متى شاء غير ثابت في الذمة ولانه متى امتنع العبد من مال الكتابة كان للمولى رده في الرق فلا يحتاج الى الرهن وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار وذلك لان بناء البطلان على جواز ابطال المكاتب لها لان من خواص الرهن أن يكون لازما من طرف الراهن وحيث يجوز فسخه لا يتبقى فائدته وهنا الكتابة جائزة من قبل المكاتب فجاز له تعجيل نفسه عن مالها اجمع وفسخ الرهن كما لو كانت جائزة من الطرفين على قول ابن حمزة في المشروطة ( وفيه ) ان امكان الفسخ عند

ولا يصح على مال الجمالة قبل الرد ولا على الدية قبل استقرار الجناية ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطاء على العاقلة ومطلقا في غيره ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة ( متن )

اسقاط الحق غير قاذح لانه كالاداء ويجوز لكل رهن ذلك بل القاذح جواز فسخه مع كون مال الكتابة في ذمته كما سنسمع ثم ان التعجيز ابطال طار لما ثبت في الذمة بالمقد الصحيح فلا أثر له **قوله** ﴿ ولا على الدية قبل استقرار الجناية ﴾ كما في ( المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ) وهو قضية مفهوم كلام الباين كما سنسمع وفي ( الكفاية ) انه المشهور والمراد قبل انتهائها الى اخذ الذي يوجب الدية وان علم انها تأتي على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غيره بل هو في الحقيقة ليس بتابت لان الشارع لم يرتب عليه حكما الى ان تستقر وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وأن لم تستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك وهو جيد **قوله** ﴿ ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطاء على العاقلة ﴾ لا يجوز الرهن على الدية من العاقلة قبل الحلول لانها لم يجب بعد ولا يعلم افضائها الى الوجوب لان المستحق عليه غير مضبوط لان الاعتبار منها من وجد حال الحلول جامعا للشرائط ولم يعلم لاحتمال الجناية والموت والاعمار فافترقت عن الدين المؤجل لتعيين المستحق عليه فيه بخلاف العاقلة واحتمل في ( التذكرة ) جوازه قبل الحلول لاصالة بقاء الحيوة واليسار واما بعد الحلول فيجوز لاستقرار القسط لانه مال ثابت في الذمة فيرهن على الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة **قوله** ﴿ ومطلقا في غيره ﴾ اذا استقرت الجناية في العمد أو اطرف في غير انخطأ صح الرهن قبل الحلول وبعده كما في شبهه العمد لانها تستأدى في سنتين وذلك لان الدية من مال الجاني حينئذ والثبوت في ذمته منحقق والاجل في شبهه العمد لا ينافي الثبوت وهو الذي صرح به الجماعة واستقر عليه رأي الشهيد في الدروس وجعله هه الطاهر بعد ان حكم اولا بانه لا يجوز الرهن في شبهه العمد الا بعد الحلول كما هو الشأن في العاقلة **قوله** ﴿ ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ﴾ اي الرهن وبجمل الفسخ والمعنى على الاول ان المكاتب المشروط اذا عجزه مولاه وفسخ المولى فيكون المصدر مضافا الى مفعوله كان كالابراء فيسقط دينه وبطل الرهن ويصير المعنى على الثاني انا ان جوزناه اي للمشروط الفسخ بطل الرهن لانه كالاداء كما انسرنا اليه آنفا لكننا لا نجوزاه الفسخ وتمجيز نفسه مع القدرة بل يجبره الحاكم او المالك على السعي ولا يلزم من كون المولى يتخير في الفسخ عند عجز المكاتب تسويغ العجز له سلمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان الرهن كالرهن في مدة الخيار وليعلم انه قال في المبسوط مال السبق والرمي لا يجوز اخذ الرهن عليه وفي ( الدروس وجامع المقاصد ) انه يجوز لان الاصح لزومهما وفي ( التحرير والتذكرة ) انا ان جعلنا المسابقة عقدا لازما كالاجارة صح الرهن على العوض قبل العمل والا فلا **قوله** ﴿ ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة ﴾ قد صرح بالحكمين في ( المبسوط )



ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿الفصل الخامس﴾ في القبض وليس شرطا على رأي (متن)

والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس واللمعة وغاية المرام والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة وجمع البرهان والسكفاية) وفي (جامع الشرائع) بالاول والوجه في الاول ان تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها الا من العين المخصوصة حتى لو تمذر الاستيفاء منها بموت ونحوه بطلت الاجارة وفي الثاني انه يمكن استيفائها حينئذ من الرهن فان الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق ولولا ظهور الاجماع على ذلك لا يمكن ان يقال ان في اطلاق الدين المشترط في الرهن على ذلك تأملا فان كان باعتبار ما في الذمة من الاجرة فالرهن في الحقيقة انما هو عليه (ففيه) انه حينئذ ينبغي الجواز على العمل الخاص ايضا فان الشان فيه كالشان في الاعيان فانه يمكن ان يكون معنى الاستيفاء أعم من ان يكون مثلا او قيمة كما نبه عليه في مجمع البرهان فليلاحظ ذلك وليتأمل فيه ﴿قوله﴾ ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿قد تقدم الكلام في المسئلتين بما لا مزيد عليه عند شرح قوله في الفصل الثالث ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسحا لرهنه الى آخره﴾ الفصل الخامس في القبض ﴿قوله﴾ وليس شرط على رأي) لا بد من تحرير محل النزاع فقد اضطرب فيه كلام القوم في (الخلافة والغنية والسرائر والمختلف والتنقيح والمهذب البارع وايضاح النافع والروضة والمسالك) وعدة مواضع من التذكرة والتحرير ان الكلام في اللزوم وعدمه وفي (المنفعة والمراسم والنهاية والمبسوط في المقام و باب بيع الخيلار وفقه القرآن للراوندي والوسيلة وجمع البيان وجوامع الجامع والشرائع والنافع وجامع الشرائع وكشف الرموز والارشاد والكتاب والايضاح في موضعين منه وغاية المراد والدروس والمقتصر وكنز العرفان وجامع المقاصد وآيات الازديلي والمغنايح) أن الكلام في الصحة وعدمها تصريحاً في أكثرها وظهوراً في الباقي وهو أيضا ظاهر كل ما أطلق فيه الاشتراط لانصرافه الى اشتراط الصحة وهو مقتضى الأدلة اذ سوقها واتحادها على القولين يقضي بأن الكلام في الصحة وعدمها حتى من القائلين بأن محل النزاع اللزوم وعدمه كما ستعرف ويمكن الجمع بأحد أمور ثلاثة (أحدها) أن تكون المذاهب الثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في اللزوم لكن ظاهر الفريقين أن في المسئلة قولين لاغير بل صرح جماعة أن في اشتراط القبض قولين من دون تعرض للصحة ولا لزوم (الناني) أن يؤول اللزوم بالصحة وهو وجهه جدا لكنه بعيد من جهة اللفظ ومن جهة مافرعوا عليه من الاحكام لكن يقر به سوق الأدلة واتحادها وقد يقال ان الصحة صحتان صحة بمعنى تمامية العقود وصحة بمعنى قابليته للتمامية فمن عبر باللزوم أراد الاولى ومن عبر بالصحة أراد الثانية وفي كلام الشهيد في الدروس ما يرشد الى ذلك وذلك في الفرع الثالث وفي فرقه بين موت الرهن والمرتهن (الثالث) تأويل الصحة باللزوم وهذا أيضا يبعده الامران المذكوران وهو الذي اعتمده صاحب ايضاح النافع قال معنى الكلام أن الاقباض هل هو شرط في الصحة على معنى انه لو أوجب وقبل المرتهن لا يكون رهنا لازما ويكفي الايجاب والقبول ويكون الاقباض مؤكدا للزوم (وكيف) كان فما صرح فيه باشتراط القبض المنفعة والنهاية والمراسم والغنية وفقه الراوندي وجمع البيان

وجوامع الجامع والوسيلة وجامع الشرائع والشرايع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد والتنقيح وآيات الاردبيلي والمفاتيح والهداية للحر والرياض وهو خيرة المبسوط في أول كلامه في بابي الرهن وبيع الخيار ثم قال في الاول والاولى أن تقول انه يلزم بالايجاب والقبول وفي الثاني انه أولى تارة وانه أحوط أخرى والاشترط هو المحكي عن أبي علي والتقي والقاضي ولعله في غير الجواهر ومال اليه في كنز العرفان وفي (مجمع البرهان) انه أحوط وعليه الاكبر كما في حواشي الشهيد وكنز العرفان وآيات الاردبيلي والمفاتيح وفي (الرياض) انه أشهر وفي (التنقيح) أن الخبر الدال على الاشتراط انجبر بعمل الاصحاب وتلقوه بالقبول ونسبه في الايضاح في مسألة ما اذا رهن المصوب الى كثير من الاصحاب وقد حكى عليه الاجماع في مجمع البيان والغنية اكن الاول على الصحة والثاني على اللزوم لكنه ينزل على الصحة جزماً لانه انما ادعى اجماع من تقدمه كأبي علي والمفيد والشيخ في النهاية وسالار والقاضي والطوسي صاحب الوسيلة والحلي (والحلي خ ل) والراوندي وغيرهم وقد عرفت أن كلامهم نص صريح في الصحة كادتهم التي هي الاصل والآية والرواية كما ستعرف وانه لا دليل على الصحة بدون القبض لأنحصار أدلتها في المسئلة حينئذ في الاجماع الذي قطعنا بعدم تحققة وفي أدلة لزوم الوفاء بالعقود وهي بعد دعوى الاجماع على عدم اللزوم الذي هو مفادها غير تامة فبذلك كله علم أن مراده من اللزوم الصحة وستسمع عبارة الغنية برمتها وليس في القائلين بالاشترط من صرح بأنه لازم (اللزوم خ ل) غير صاحب الغنية وقد حكاه أي الاشتراط البيضاوي عن جمهورهم الا مالكا وحكاه في التذكرة عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد في احدى الروايتين عنه ويعلم أن كلام الوسيلة صريح جدا فيما حكيناه عنه وله كلام آخر قد يناهيه والقول بعدم الاشتراط خيرة الاخلاف والمبسوط كما سمعت في البابين والجواهر والسرائر والبشرى فيما حكى عنها والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وشرحه لولده والايضاح وتخليص التلخيص والمقتصر وغاية المرام وايضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والروضة والحدائق ومال اليه صاحب المذهب البارع والمقدس الاردبيلي وصاحب الكفاية وفي (السرائر) ذهب اليه الاكثرون والمحصلون وفي (كنز العرفان) أن عليه المحققين وفي (آيات الاردبيلي) بعد نقل ذلك عن الكنز أنه غير واضح (قلت) وهو كذلك لكن الامر بالنسبة الى المقداد قد يستدل في الجملة لمكان ابن ادريس وابن طاوس والسلامة وولده لكن دعوى من ادريس يكذبها الوجدان وهو أعلم بما قال وهو مذهب أبي ثور ومالك وأحمد في احدى الروايتين عنه واقفة مر في التبصرة على قوله وفي اشتراط الاقباض اشكال ثم انا رأينا في المبسوط جملة من فروع فرعها يأتي ذكرها تدل على انه ممن يختار لزوم الرهن بمجرد العقد لكنه صرح في مسألة ما اذ خرس الراهن أنه لا يجوز للمرتهن قبضه وقد فهم منه في المختلف مخالفة هذا الفرع لتلك الفروع فذهب في المبسوط غير مستقر (احتج) المشترطون بالاصل والاجماعين المتقدمين وبالآية الشريفة والرواية التي رواها الشيخ في الموفى عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام لارهن الا مقبوضا ورواه العياشي في تفسيره أيضا فيما حكى عن محمد بن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام قل لارهن الا مقبوضا وقد يستدل بأدلة أخرى كوجوب حفظ المال فتجب مقدمته وان الرهن كالتعرض لسكونهما شرعا للارفاق (أما الاصل) فيقرر بأصل عدم حصول ما يقتضي منع الراهن عن التصرف وأصل عدم اللزوم وعدم الصحة (وأما الاجماع) فلا يضرهما وجود الاخلاف كما قرر في محله قال في (الغنية) كون القبض شرطا في اللزوم هو الظاهر من المذهب الذي

عليه الاجماع واذا تعين المخالف باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه في دلالة الاجماع ولما ذكرنا استدلال في المسئلة بالاجماع وان كان فيها خلاف من بعض اصحابنا انتهى (قلت) لم يتحقق الخلاف صريحا من الشيخ والقاضي لانهما تارة واقفا وتارة خالفا والمخالف على البت ابن ادريس وهو معاصر لشيخه أبي المكارم السيد حمزة بن زهرة وأمين الدين أبي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي فكانت دعواهما الاجماع في محلها (ومنه يعلم) حال ما قاله مولانا الاردبيلي من أن قوله في مجمع البيان ان لم يقبض لم ينقد بالاجماع كانه يريد الاكثر او لم يعتبر المخالف وهو بعيد اذ الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط والعلامة وابن ادريس ذهبوا الى عدم الاشتراط انتهى فالاجماع دليلان سالمان عن المعارض والوهن بوجود المخالف وفيها لو لم يكن غيرها بلاغ فكيف وقد اعتضدا بغيرها (واما الآية) فهي قوله تعالى (فرهان مقبوضة) حيث انه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعا بدون القبض فلم نستدل على الاشتراط بدليل الخطاب بل بالاصل وذلك لان شرعية الرهن ولزومه ثبتنا مع القبض ولم تثبتا مع عدمه او نقول انه سبحانه قيد الرهان بالمقبوضة فكان كالتراضي في التجارة والعدالة في الشهادة ومفهوم مثله حجة عرفا وعادة (وأما الخبران) فنفي الصحة فيها اقرب من نفي الكمال الى نفي الحقيقة مع احتمال ارادة نفي الحقيقة بناء على كون القبض جزءا من مفهوم الرهانة كما قد ادعى دلالة الاخبار وكلام بعض اهل اللغة عليه كما سنسمع وعلى هذا فتكون مقبوضة في الآية صفة موضحة لا مخصصة وحجة القول الآخر الاصل اي اصل عدم الاشتراط والآية الشريفة من حيث ان القبض وصف للرهن فهو يتحقق بدونه والا لزم اللغو وانه لو كان شرطا كالايجاب والقبول لكان قوله تعالى مقبوضة تكرارا كما انه لا يحسن فرهان مقبولة ثم ان الآية مسوقة للارشاد اجماعا حكاه في (مجمع البرهان) فالقيود ايضا كذلك الا ترى ان السفر وعدم وجدان الكاتب غير شرط اجماعا فالقبض كذلك ولما كان الارشاد انما يتم بتمام التوثيق وهو انما يحصل بالقبض التام فالظاهر حمل الآية عليه لئيم الغرض اذ بمجرد القبض ثم الدفع الى المالك لا يتم بل وجوده وعدمه سواء وانه يصدق الرهن بدون القبض ويتحقق عقده فيدخل تحت عموم قوله سبحانه او فوا بالعقود وقولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هذا كله مضافا الى الاخبار المتواترة الدالة على جواز الرهانة من غير تقييد برهن مقبوض بل قال الاردبيلي انها لا تعد ولا نحصى وقد ذكر فيها احكام الرهن التي ترتب على المقبوض من غير ذكر القبض وعدمه ولو صح ما قالوا لوجب التفصيل والا لزم الاغراء بالحبل ولهذا حكمنا بان ترك الاستفصال دليل العموم ثم ان الخبر الذي استدلل به المشهور ضعيف لضعف محمد بن قيس كما في التنقيح وغيره ولاشراكه كما قاله بعض ومعلق كما في مجمع البرهان مع انهم تارة روه عن الصادق عليه السلام واخرى عن الباقر عليه السلام وانت خبير بان ما ذكر في ادلة المشهور يقطع الاصل ويخصص العمومات الآمرة بالوفاء واطلاقات هذه الاخبار التي لا تعد ولا نحصى مضافا الى عدم انصرافها الى غير المقبوض لعدم التبادر لندرة غير المقبوض جدا مع ان هناك قاعدة اصولية وهي ان انصراف الاطلاقات الى العمومات مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير ما يتعلق بنفسها وليست الاطلاقات هنا كذلك قطعا فلا عموم فيها اصلا مضافا الى انا اذا لحظنا الاخبار المتضمنة لها حصل لنا الظن القوي جدا بتلازم الرهن والقبض بحيث كادت تدل على انه جزء من مفهومه كما نبه عليه بعض اهل اللغة كصاحب القاموس وغيره كما بيناه في اول الباب ويشهد بذلك سوقها وسياقها

وهل له المطالبة به اشكال ( متن )

وان اختلفت في الدلالة عليه ظهورا وخفاء فالخط اخبار الباب جميعها وهي تقرب من سبعين خبرا فانها ترد بك على القطع بما ذكرنا وان قلنا انه حقيقة شرعية كما احتملنا ذلك في اول الباب ثم الاستدلال وارتفع الاشكال فتأمل وعلى هذا فتكون مقبوضة في الاية الشريفة صفة موضحة كما اشرنا اليه آفا وان كان الاصل فيها التخصيص وسوقها للارشاد لا ينافي كون بعض قيودها شرطا كالعقد في الشهادة وقد سبقت آياتها للارشاد ايضا واما حديث ضعف الحديث وتعليقه فن ضعف التأمل لان طريق الشيخ الى الحسن بن محمد بن سماعه قوي معتبر وهو احمد بن عبدون عن ابي طالب الانباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن سماعه وقد روار عن صفوان ( وقد رواه صفوان خ ل ) عن عاصم ابن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام وقد قرر في محله ان محمدا هنا هو البجلي الثقة لمكان عاصم فكان الخبر موثقا سلمنا لكنه معتضد بخبر العياشي والاجماع منجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل الاصحاب كما سمعته عن التنقيح اذ قد عرفت ان العامل به جميع المتقدمين وجماعة من اعظم المتأخرين كالمحقق وابن عمه وتلميذه الابي والشهيد وغيرهم واما ابن ادريس فهو وان كان من المتقدمين لكنه خالف جريا على اصوله من عدم العمل باخبار الاحاد والموجد في التهذيب والوافي والوسائل والمختلف والايضاح وغاية المرام والمهذب البارع وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية والهداية للحر روايته عن ابي جعفر عليه السلام ( نعم ) رواه في التذكرة والتنقيح والمسالك عن الصادق عليه السلام وهو من سهو القلم قطعاً فلم يبق للقوم ما يستند اليه ولا بعد اليوم اشكال يرجع عليه ( وليعلم ) انه لا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن اجماعا فلوطالت المدة بعد العقد ثم قبض الرهن صح وان اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط خارج مقدم على المسترسل في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه اجماعا معلوما ومنقولاً فكونه جزء السبب انسب لكن هذا الاطلاق شايع عند الفقهاء في هذا الباب وغيره **قوله** **وهل له المطالبة به اشكال** قد عرفت ان الاحتمالات والاقوال ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في المزوم فقط فعلى الاول بمعنى انه يلزم بالعقد من دون قبض لا يجب على الراهن الا قباض لكن لا يجوز له الرجوع بعد العقد فلا يشكل لو شرط في عقد لازم ولا يجب عليه التسليم والاقباض بل انما يجب عليه ايقاع عقد الرهن وعدم الخروج عن مقتضاه الا ان يصرح بالقبض او يدل عليه قرينة ( والحاصل ) ان فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف المالك فيه وقد حصل وان لم يكن قد قبضه وما شرط عليه الا الرهن اللازم وقد فعل وما يجب عليه غيره وظاهر الكتاب وصرح الايضاح والمسالك ان المزوم لا كلام فيه وانما الاشكال في الاقباض وانت قد عرفت ان لا اشكال وان كان فهو ضعيف جدا لكن الشيخ في المبسوط قال اذ اجن الراهن او اغمي عليه او رجح قبل القبض قبض المرتهن لان العقد أوجب القبض وقد عرفت انه قال فيه ان الاولى ان يقال ان الرهن يلزم بالايجاب والقبول واما على الذي فان لم يكن مشروطا في عقد لازم فلا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد ايقاع العقد اذ لم يثبت حق الى الآن كما نبه عليه في الايضاح وحواشي الشهيد وجامع المقاصد واما اذا اشترط الرهانة في عقد لازم فالظاهر انه لا بد من الاقباض وعدم الخروج عن مقتضاه كما هو ظاهر حواشي الشهيد وجامع

## وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه (متن)

المقاصد وصرح بمجمع البرهان والكفاية واما على الثالث فيجبي الاشكال كافي حواشي الشهيد وجامع المقاصد ومجمع البرهان حيث جعلوا اشكال الكتاب مبني عليه من اصالة العدم وانتفاء المتضي اذا العقد لا يقتضيه ولا سبب غيره وكذلك الحال فيما اذا كان مشروطا في عقد لازم لانه حصل الشرط الذي هو الرهن بمجرد العقد فلا يكلف بالاقباض بل لورجح لكان له ذلك لعدم اشتراط اللزوم عليه وانما شرط عليه محض العقد الصحيح وقد أتى به ومن ظاهر قوله تعالى مقبوضة فانه سبحانه ارشد الى ان كمال التوثق لا يتحقق بدونه وحيث استحق اصل التوثق كان له المطالبة بالقبض الذي امر الله سبحانه به ( وفيه ) ان الارشاد الى التوثق بالقبض لا يدل على ان ذلك مستحق للمرتهن على الراهن بمجرد العقد ان لم يكن مشروطا في لازم فليتأمل وسيأتي للمصنف ان الراهن لا يجبر على الاقباض وبذلك صرح جماعة وهو جزم من المصنف بعد التردد لان الاشكال في ان له المطالبة يقتضي التوقف في عدم الاجبار فانه متى استحق المطالبة اتجه ان يجبر الراهن عليه لانه حينئذ حق واجب عليه ويظهر من الشهيد ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وان قلنا بكونه شرطا في اللزوم ( وتنقيح المسئلة ) على هذا الوجه انه ان لم يكن مشروطا في لازم لا يلزمه الاقباض قطعا وان كان مشروطا فهناك امران وجوب الاقباض وعدم جواز الرجوع والظاهر انه لا يلزمه الاقباض الا بالقرينة ولا يجوز له الرجوع لان الغرض ليس ايقاع الصيغة فقط بل الاستيثاق واستيفاء الحق وذلك انما يتم اذا لم يكن له الرجوع فكان في اشتراطه في العقد دلالة صريحة على ان المراد رهن لازم مقبوض فلا يحتاج الى قرينة اخرى وأن ضماها كان اولى فلا اشكال على هذا الوجه ايضا وبذلك يندفع اشكال المسالك فالشكل فيما لو شرط في عقد لازم فان ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح فينبغي ان يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وان لم يلزم حينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك لحوازه من طرفه فلا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي التقييد برهن مقبوض ونحوه وانت قد عرفت ان ليس للراهن فسخه اذ هو لازم وليس جائزا من طرفه ومعنى المطالبة في كلام المصنف انه يستحقها وتجب اجابته كما عرفت آنفا وهو الظاهر الذي يعطيه كلام الايضاح وغيره وليس معناها ان له ان يطالب وان لم تجب اجابه لانه لا مانع من ذلك الا ان تقول ان الكلام في استحقاقها وهو حكم شرعي لا داه من مقتض والعقد لا يقتضها الا ان تقول ان الاية الشريفة ارشدته الى ان له تحصيل كمال التوثق وقد يكون ذلك ملحوظا في ضمن الاشكال وليس هو الاول فليتأمل جيدا ويقرب في الشبه بما نحن فيه ما اذا نذر امرا جائزا كالتدبير والوصية ثم دبرا واوصى فهل يجوز له الرجوع فيه  وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه  ظاهره كما فهمه المحقق الثاني فيما يظهر من فحوى كلامه اختصاص الحكم بالقول بالاشترط (وقد يقال) انه يشترط فيه اذن المالك سواء قلنا بلزومه من غير قبض او صحته كذلك ولا سيما ان احتاج الى التصرف في ماله لعموم عدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب نفس منه الا ان يستحق القبض بوجه من الوجوه الشرعية اللازمة عليه من غير اشتراط اذنه وجزم في (الكفاية) بوجود اذن الراهن ان قلنا بعدم اشتراط القبض في اللزوم قال وان قلنا باشتراطه في اللزوم دون الصحة فاشكال وقد دقق النظر لكن الظاهر ما قلناه واما ان قلنا بعدم الصحة الا بالقبض

ولو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أنعم عليه أو مات قبله بطل (متن)

فلا بد من اذن الراهن كما صرح به جميع من قال به أي بالاشتراط المذكور كالراوندي وصاحب الوسيلة وصاحب جامع الشرائع ومن تأخر عنهم ممن تعرض له كما ستعرف اللهم إلا أن يكون قد لزمه الرهن الشرعي بوجه شرعي لازم مثل ما اذا شرطه في عقد لازم كما في الوسيلة أو بنذر أو شبهه فالظاهر عدم الاشتراط لانه لازم عليه شرعا من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم ويجوز الاخذ من غير اذنه للزومه عليه وعدم جواز الامتناع له فلا أثر للاذن اذ ليس له المنع نعم ان احتاج الى التصرف احتاج الى الاذن كما نبه على ذلك في مجمع البرهان وقد يقال لمكان العموم المشار اليه بالاحتياج الى الاذن أيضا على تأمل قوله **فلو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أنعم عليه أو مات قبله بطل** كما في (الدروس والمعمية) ومعناه بطلان الرهن وعدم انعقاده كما نبه على ذلك في الشرائع بقوله لم ينعقد لان القبض جزء السبب فهو بدون اذن الراهن غير مستحق اذ لم تحصل الرهانة الى الآن فهو ظلم وعدوان وما هذا شأنه كيف يكون معتبرا في السبب المشروط بالتراضي هذا في الاوئين وأما في الثلاثة الاخيرة فالامر واضح ولما فهم صاحب المسالك ان النزاع انما هو في اللزوم وعدمه تكاف ما تكلف في تأويل عبارة الشرائع واللممة فحمل قوله في الشرائع لم ينعقد على أن المراد لم ينعقد القبض ثم أشكل عليه ذلك فيما اذا جن أو مات أو أنعم عليه اذ لا قبض هناك فحمله على عدم انعقاد اللزوم ثم أخذ عليه بأنه من بيان الواضحات وانه كان الواجب عليه أي المحقق بيان أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز ومن شأن الجائز بطلانه عند عروض هذه الاشياء وبه قطع في القواعد والدروس أولا يبطل بذلك لانه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار وبه قطع في التذكرة انتهى كلامه في المسالك ونحوه مافي الروضة وفيه وهم من وجوه (وتفتيح المسئلة) أن يقال ان القائل بأن القبض ليس شرطا بل الرهن لازم بدونه قال بأن الرهن لا يبطل بالموت أو الاغناء أو الجنون كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والجواهر والتحرير وقوله فيه أي التحرير عندنا لم يرد به الاجماع قطعا وهذه هي الفروع التي أنشأنا اليها فيما سلف عن المبسوط لكنه خالفها فيما اذا خرس فقال لم يجز للمرتهن قبضه ومن قال انه شرط في الصحة قال بالبطلان بعروض أحد الثلاثة كالمحقق والشهيد وكذا المصنف بناء على القيل وهو قضية كلام الراوندي والطوسي صاحب الوسيلة ويحيى بن سعيد في الجامع وغيرهم ومن قال بأنه شرط في اللزوم كالمصنف في التذكرة وغيره يلزمه أن يقول بالبطلان أيضا بعروض أحد الثلاثة كما هو الشأن في العقود الجائزة كالوكالة والقراض وغيرها اذا عرضت لها أحد الثلاثة لكن المصنف في التذكرة فرق بين الموت وبين الاغناء والجنون على القول بأنه شرط في اللزوم فتردد في الاول ولم يرجح وانما نقل أقاويل العامة ولم يفرق بين موت الراهن والمرتهن وحكم في الاخيرين بعدم البطلان لانه عقد يؤول الى اللزوم كالبيع الذي فيه الخيار (وفيه) مع انه لا قائل بالفصل بين الثلاثة في غير المقام بل وفي المقام غيره (١) ان لزومه على القول به مستروط بالقبض فقبله جائز مطلقا سواء قلنا انه كالعقد الجائز أو اللزوم وكذلك كلام الشهيد في الدروس مضطرب فانه حكم بأنه اذا مات المرتهن

(١) أي غير العلامة في التذكرة (منه قدس سره)

ولا تشترط الاستدامة فلو استرجعه صح ويكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم  
يفتقر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه ( متن )

قبل القبض لم يبطل العقد وانتقل حق القبض الى وارثه لبقاء الدين فبقى وثيقته بخلاف ما اذا مات  
الراهن فان حق الورثة تعلق بالرهن فلا استيثار لاحد به أي فيقع التعارض بين الحقيقتين فيقع التناهي ولا  
مناقاة عند موت المرتهن وهو من تخريجات العامة ذكره في التذكرة في تخريجات أصحاب الشافعي  
وقد عرفت الحال في التركة اذا كان على الميت دين في أول الباب بما لم يوجد في كتاب وكيف  
يصح منه ذلك وهو ممن يذهب الى أن القبض شرط في الصحة كالمهبة ففرقه بين الموتين غير صحيح  
وان تأولنا الصحة بكل تأويل من تمامية أو قابلية وما ذكر في المقام وسابقه يعلم الحال فيما اذا شرطه  
في عقد لازم ومات قبل عقد الرهن وبعده قبل الاقباض قوله ﴿ ولا تشترط الاستدامة ﴾  
قد نسالم الناس على ذلك على اختلاف آرائهم في القبض وبه طفتت عباراتهم وقد حكى الاجماع  
على ذلك في ( الغنية والتذكرة وغاية المرام والمسالك والروضة والمفاتيح ) وهو ظاهر كشف الحق  
حيث نسه فيه الى الامامية وجامع المقاصد حيث قال لا بشرط على شيء من القولبن عندنا واسندل عليه  
في الخلاف بأخبار الفرقة ولم نجد لها والذي يحكيه كما يرويه وقد يسفاد ذلك بتجنم من أخبار باب  
منفعة الرهن وغلته وامله اراد العمومات واستدل عليه فيه ايضا وفي ( الغنية والتذكرة ) بقوله صلى الله  
عليه وسلم الرهن محلوب ومر كوب قال وقد اجمعنا على انه لا يحل ذلك للمرتهن فدل على ان ذلك  
الراهن ومثله ما في ( التذكرة ) ونحوه قال في الغنية ( قلت ) معنى هذا الخبر رواه الصدوق في الفقيه  
الطهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر بشرب وعلى الذي يشرب الدر نفقته  
ونحوه ماروي في ( الكافي والتهذيب ) وقد فهم المقدس الاردبيلي من ظاهر التذكرة في مسألة منع  
المرتهن عن التصرف ان القائل بالاشترط يقول بالاستدانة ( قلت ) قال في التذكرة في المسئلة المذكورة  
فان جعلنا القبض شرطا وكان لازما استحق المرتهن ادامة اليد ولا ترال يده الا للاتقاع على خلاف  
وقد أشار بذلك الى خلاف أبي حنيفة ومالك وأحمد حيث قالوا استدامة القبض شرط مستدلين بادلة  
ما قوله ﴿ فلو استرجعه صح ﴾ هذا فرع عدم اشترطها قوله ﴿ ويكفي  
الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه ﴾ اذا شرطنا  
القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بولاية أو مضاربة  
أو اسنيام أو عارية أو وديعة أو اجارة لتحقق تمامية السبب لان استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق  
عليه انه رهن مقبوض ولا دليل على كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانة فيكتفي بالسابق والمقارن ولا  
يحتاج الى تجديد قبض ومضي زمان وهو في القبض المأذون فيه شرعا كما أشرنا اليه بالامثلة خيرة  
السرائع والتذكرة في موضعين منها والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وفي  
( المسالك ) انه واضح وقد يستشهد له بقولهم بصحة الصرف اذا كان أحد العوضين في ذمة البايع وفي  
( المبسوط والخلاف ) اذا كان له في يد رجل مال وديعه أو عارية أو اجارة أو غصبا فجعله رهنا عنده  
بدين له كان الرهن صحيحا ويكون ذلك قبضا اذا أذن له الراهن في قبض غير الرهن قال في ( الخلاف )  
واذا لم يأذن لم يكن على كونه قبضا دليل ونحوها ( ونحوه خ ل ) ما في جامع السرائع وقال في ( المبسوط )

في مسألة ما إذا أذن له وجن تم القبض وقد قيل انه لا يصح الا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه وقد حكى عن الشيخ في الدروس انه حكم بأنه لا بد من مضي زمان يمكن فيه القبض ولعله فهم ان الاذن في القبض وهو قوله اقبض يلزمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل لكنتك قد سمعت كلامه في المبسوط فليتأمل ولم يرجح في الدروس شيئاً وفي (جامع المقاصد) ربما قيل باشتراط مضي زمان وفي (المسالك) ربما قيل باشتراطها أي الاذن ومضي الزمان في المقبوض صحيحاً (قلت) ونحن لم ننظر باشتراط مضي الزمان الا للشافعي الا أن يكون القائل باشتراط الزمان قائلاً بالاذن وهو بعيد جداً (وقد قيل) في توجيه هذا القول أعنى اعتبار مضي الزمان ان الامر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة وعلى اعتبار مضي زمان اما بالالتزام أو بالاقتضاء واذا تمدر المعنى المطابق لامتناع تحصيل الحاصل بقي المعنى الآخر وضعفه ظاهر لان الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض وقد قلنا ان القبض المقارن كاف في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده نعم لو كان تأخره عن العقد معتبراً وجب اعتبار مضي الزمان وأقصى ما يوجه به قول الشيخ كما أشار هو اليه ان المعتبر من القبض ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم الا بالاذن كالمبتدأ وضعفه أيضاً ظاهر لان امتناع اعتبار المقيد بالبعدي بل الاعم وهو حاصل كما عرفت وان قلنا ان الاذن يستلزم مضي زمان قلنا في توجيه كلام الشيخ ان المعتبر منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم الا باذن كالمبتدأ والاذن فيه يستدعي تحصيله ومن ضرورياته مضي زمان فهو دال عليه بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام الى آخر ما ذكر في توجيه القول باعتبار الزمان وضعفه يعرف مما ذكر في تضعيفه وقد لا يكون هناك الا قول واحد فيكون القائل باشتراط الزمان قائلاً باشتراط الاذن على بعد كما ان القائل بالاذن يلزمه الزمان فأمل وقد يكون الاقوال ثلاثة (وليعلم) ان القائل باشتراط الزمان يقول انه معتبر من حين العقد والقائل باشتراط الاذن يقول ان الزمان حينئذ معتبر من وقت الاذن (وليعلم) انه في الخلاف ففي الخلاف عن صحة الرهن فما ذكر وهو قضية كلام الخلاف والتذكرة وغاية المرام لانه ادعى الاجماع فيها على صحة رهن المغصوب عند الغاصب فالصحة فيما نحن فيه أولى فكان النزاع اما هو فيما سمعته من اشتراط الاذن والزمان ولكن يبقى الكلام في معنى الصحة التي ادعى عليها الاجماع فعند القائلين بأنه شرط في الصحة يكون معناها القابلية وعند القائلين بأنه شرط في لزوم يكون معناها التامة وهذا ان كان أحد من الاولين قائلاً باشتراط شيء مما ذكر هذا كله في القبض المأذون فيه شرعاً كما عرفت فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب والمشتري فاسداً فالقولان جاريان فيه وقد يوجد التفصيل بين النصب وغيره ففي النصب لا بد من الاذن ومضي الزمان وفي غيره لا يشترط شيء من ذلك كما هو قضية كلام المصنف في التذكرة وقد يكون بعض من قال بأنه لا يشترط شيء في قبض المأذون فيه قائلاً باشتراط أحد أمرين في غير المأذون فيه وكيف كان فقد أطلق الاكثر الاكتفاء به كما في المسالك والكفاية والحدائق لما تقدم من الدليل اذ يصدق على الرهن انه مقبوض فقد وجد شرط الصحة وقد عرفت ان الشيخ قال لا بد من الاذن وقطم في التذكرة باشتراط الاذن ومضي زمان يمكن فيه تجديد القبض في خصوص المغصوب كما عرفت واستوجه في (المسالك) والروضة في مطلق المقبوض بدون اذن ووجهه ما ذكرنا فيما سلف من أنه على تقدير اعتبار القبض في الصحة أو اللزوم لكن لا يعتد به بالتمهي عنه مطلقاً ولو كان مطلقه كافياً لكفى في القبض المبتدأ بغير اذن



ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لان الابتداء أضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كالمو تعدى المرهن فيه فلان لا يرفع ابتداء الرهن دون الضمان أولى (متن)

فعلى هذا يحتاج الى الاذن في القبض بقوله اقبط ومن لوازمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل (وفيه) ان النهي قد زال بالعقد المتضمن للاذن واذا انتفت العلة انتفى المعلول والنهي معلول لعدم الاذن والمثل لا اذن فيه صريحا ولا ضمنا ويأتي في رهن الغائب ماله نفع في المقام قوله ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع ﴿ هذا استطراد وحاصله أن القبض المقارن للعقد لما كان كافيا في صحة الرهن لكونه معتبرا وجب الاكتفاء به في القبض المعتبر في البيع فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع في ضمان المستودع لو كان هو المشتري والمستودع في العبارة بفتح الدال مبني للمفعول قوله والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ﴿ قد عرفت فيما تقدم انه يجوز رهن العين المعصوبة عند الغاصب وان الاجماع محكي عليه في الخلاف والتذكرة وان الخلاف مفي عنه في غاية المرام وانهم قد اختلفوا في أن قبضه هل يتحقق بمجرد العقد اذ لا بد فيه من اذن جديد ومضي زمان وان المصنف والمحقق وجماعة اكتفوا بالقبض السابق والخلاف هنا انما وقع فيما اذا اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المصنف والجماعة كما فهمه المحقق الثاني والشهيد الثاني والصيغري من عبارة الكتاب والترائع أما لو قلنا بافتقار الرهن الى قبض جديد كما هو خيرة الشيخ وغيره وخيرة التذكرة في المنصوب ففي (مسالك) أنه لانسبة في أنه قبله مضمون لانه مقبوض قبله بالغصب أي قبل الاذن وهو كذلك وأما اذا جدد له المالك الاذن في القبض على القول بافتقاره اليه فيمكن جريان الخلاف فيه أيضا لقيام الاحتمالين فيه كما في المسالك وان كان الاقوى هنا زوال الضمان لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه اياه ثم دفعه اليه لأنه حينئذ كوكيله وفي (جامع المقاصد) انه موضع اشكال وصرح بجامع الترائع والتحرير وظاهر التذكرة والايضاح أو صريحهما وظاهر الدروس أن المسئلة مفروضة في هذا أعني الاخير بل هو ظاهر الخلاف أيضا بل والمبسوط وقد يلوح ذلك من مجمع الرهان لكن ظاهر عبارة الكتاب ينفي ذلك لمكان قوله بمجرد العقد اذ ظاهره انه مبني على ما اختاره سابقا من أن القبض الجديد ليس شرط في الرهن ان قلنا بأن القبض شرط في الصحة كما يبناء ونحوها عبارة الترائع وغيرها فحل النزاع في كلامهم غير محذور وتحريره أن يقال ان القائل بأن القبض غير شرط في صحة الرهن فينعتد بدون القبض يلزمه القول بالضمان لانه باق في يده بالقبض الاول فلا يزول الضمان نعم يتأني النزاع من هؤلاء فيما اذا اذن له في القبض وأما القائل بأن القبض شرط في صحة الرهن وانه اذا كان في يد المرهن ولو بالانصب لا يحتاج الى اذن وقبض جديد فإنه يتحه منهم النزاع في المقام مع الاذن وبدونها فان كان أحد من القائلين بأن القبض شرط في الصحة قال بأنه لا بد في المنصوب من قبض واذن جديد فلا شبهة عنده في بقاء الضمان ما لم يحصل أحدهما ولكن لا قائل منهم بذلك (وليعلم) ان الشهيد في حواشي الكتاب قال ان مراد المصنف في كل هذه الصور بأن الضمان هل يزول بمجرد العقد أم لا أما لو

أقبضهم أو أذن لهم في ابقاء اليد واستدامتها فان الضمان يزول بلا خلاف انتهى وهذا يخالف ما صرحوا به ويمكن الجمع بالفرق بين الاذن في القبض والاذن في البقاء والاستدامة فليتأمل في ذلك (وكيف) كان فالمرح فيه بقاء الضمان وعدم زواله الخلاف والمبسوط والشرائع والارشاد والدروس وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحكي عن ابن المتوج وفي (المختلف) ان فيه قوة وكأنه مال اليه أو قال به في التذكرة واستشكل في التحرير ولم يرجح في الايضاح واستقرب المصنف هنا زواله أي الضمان وهو خيرة جامع الشرائع وجمع البرهان حيث جعله أوضح فهذه أقوالهم على اختلافهم في محل النزاع والموافق للشيخ من العامة الشافعي ومالك وأبو ثور والموافق للمصنف هنا أبو حنيفة والمرني وأحمد (احتج) الشيخ في الخلاف بكلام حاصله يرجع الى الاستصحاب ولم يحصل ما يزيله لان الحاصل وهو الرهن المقبوض يجمع الضمان كما لو تسدى المرتهن في الرهن فانه يصير مضمونا ضمان الغصب وهو رهن فاذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض وبقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى (واحتج) له الباقر بأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدأ الى المؤثر واستغناء الباقي عنه أو الخلاف في احتياجه فان المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه واذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لا تمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداءه كما اذا طرأ التعدي على الرهن فلان لا تمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداءه حالة الضمان القوية وهي استدامته فيما اذا طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى خصوصا وقد تقدم ان وجه الاكتفاء بالقبض السابق وان كان غصبا صدق قوله تعالى فهران مقبوضة أعم من كونه مقبوضا أمانة وعدوانا وحينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمرا الى أن يقبضه المالك ثم يرد به أو يسقط عنه ضمانه ان قلنا بصحته كما هو خيرة المبسوط وغيره وتأمل فيه المصنف والتشديد وغيرها كما ستمع لأنه ابراء مما لم يجيب (وأجيب) عن الاول بأن الحكم المستصحب قد زال سببه وهو الغصب بالاذن أو بالرضا بالرهن وكونه عنده على اختلافهم في محل النزاع فيزول المسبب وهو الضمان ولهذا لا يجب عليه حينئذ دفعه اليه وتصح عباداته المنافية الأداء في أول الوقت عند المنع منها وكون مجرد الاخذ ظلما سبب للضمان دائما حتى بعد الرضا بكونه عنده أو الاذن غير معلوم (وقد نقول) في رد الاستصحاب ان عموم كل رهن لا ضمان فيه اذا لم يتعد فيه قد قطع استصحاب الضمان لو روده عليه فان قلم بتحقيق الرهنية لزمكم القول بعدم الضمان وتحقق الملزوم بدون لازمه غير معمول كما ان السك في جريان العموم هنا غير مقبول الا أن نقول ان كل استصحاب لا بد وأن يعارض عموما فقل هذا العموم لا يعارض الاستصحاب (واجيب) عن عدم التنافي بين الضمان والرهن كما في المثال المذكور وهو ما تدعى المرتهن بأنه اذا ضمن لعدوانه لالكونه غاصبا ونمنع عدم التنافي فان يد العاصب عادية ويد المرتهن محقة ويد المرتهن يد أمانة ويد العاصب يد ضمان وهما متباينان وفيه نظر لأن المستدل لم يبين الامر على عدم التنافي بين الغصب والرهن حتى يقال بما ذكر بل على عدم التنافي بين الرهن والضمان زال الغصب أو لم يرل فينبغي في الرد أن يردد الامر معه فيقال له أتريد ذلك مع بقاء الغصب أم مع زواله فيجاب بما ذكر على تقدير ارادة الاول وعدم بقاء اللازم المساوي أعني الضمان بدون ملازمه وهو العصب على تقدير ارادة الثاني واحتمال بقاء المعاول هنا وان زالت علته غير مسموع لان الأصل اتفاقه ولا يصار الى غيره الا بدليل كما في تحريم أم المعقود عليها وان ماتت فليتأمل (وأما الخبر) فهو غير

ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان ( متن )

ناصر الدلالة بحيث لا يقبل التخصيص مع ان سنده غير ظاهر كما قال في مجمع البرهان ( وفيه ) ان شهرته تغني عن النظر في سنده نعم هو مخصص عند جماعة بما اذا أودعه عنده كما ستعرف وبما اذا باعه له عند الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع والمصنف في التحرير فانها قطعا بزوال الضمان وتحصل التمرة في البيع فيما اذا باعه له وجعل الخيار له أي الغاصب فانه لو تلف على القول بعدم الزوال كان من مال الغاصب مقبوضا كان أو غير مقبوض ان قلنا بتحقيق الغصب بدون قبض وعلى القول بالزوال مع البناء المذكور أعني تحقق الغصب بدون قبض يكون من مال البائع فانه لا خيار له فليلاحظ ذلك ( وبجواب ) عن الثالث بأنه مبني على مناسبات اعتبارية لا يرجع عليها في اثبات الاحكام الشرعية ومما ذكر يعلم حجة القائل بالزوال والمسئلة محل اشكال والقول بالزوال لا يخلو من قوة كما هو الشأن في الوديعة عنده والفرق بأن الاثتان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فانه فيه تابع لا يجدي فرقا يعتد به لان لازم الذات كالمقصود بالذات كما ستمع ويأتي التحقيق ويضعف الاشكال فيما ضاهى الغاصب كالمالك والمستعير ضامنا والمشتري فاسدا لان الامر فيهم اخف من الغاصب لاسناد اليا فيهم الى رضى المالك ولا اثم عليهم كما في التذكرة وقد نص في المبسوط والشرائع على عدم زوال الضمان في المشتري فاسدا وتام الكلام عند تعرض المصنف لذلك ( اذا عرفت هذا ) فقول المصنف ويحتمل الضمان لان الابتداء أضعف من الاستدامة الى آخره يحتمل أن يكون ساقه سندا لمنع التنافي المدعى في وجه القرب كأن يقال لانسلم أن الرهن ينافي الضمان لان الرهن قد يكون أمانة وقد يكون مضمونا فيجتمعان وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر كان دوام الرهن أقوى من ابتدائه بالتقريب الذي عرفته آنفا فيكون سندا للمنع بأبلغ الوجهين اذ يكفي أن يقال لانسلم التنافي لامكان اجتماعهما في صورة التمدي ويحتمل أن يكون ساقه دليلا برأسه على الاحتمال الذي هو مذهب الشيخ ﴿ قوله ﴾ ( ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان ) كما في ( الايضاح وغاية المرام ) وهو قضية مختار جامع الشرائع ومجمع البرهان لما عرفت من أنها ذهبا الى زوال الضمان في رهان الغاصب بل قد يكون ذلك قضية كلام المبسوط والخلاف والدروس حيث لم يتعرض فيها الا للضمان الغاصب الرهن ونص على زواله في الايداع دون الاجارة في التذكرة وجامع المقاصد وعن ابن المتوج أن الضمان يزول عن الودعي والمستأجر لانها لمصلحة المالك والحاصل كأن الزوال في الايداع ليس محل خلاف لأن الاستئان في الايداع استئان محض والمقصود منه بالذات الاستئابة في الحفظ فالمالك قد جعله نائبا عنه في الحفظ واثبات اليد وأما الاستئجار فالقائل بسقوط الضمان فيه يقول انه أمانة وقد صرفه فيه وسلطه على منافعه وما كسبها وان لمصلحة المالك أيضا فيزول الضمان والقائل ببقائه يقول ان يده وان كانت في الاصل يد أمانة الا أن الضمان قدي بجامع يد المستأجر اذا تعدى وليست يد نيابة عن المالك في الحفظ كالمستودع وانما هي يد استيفاء للمنفعة فهي لمصلحة المستأجر فوجب أن يبقى الضمان معها الى أن تتحقق التأدية الى المالك بنفسه أو وكيله كما دل عليه الحديث ولم يتعرض المصنف لما اذا ضاربه بالمال المغصوب وقد قرب في باب المضاربة بزوال الضمان وهو خبرة جامع الشرائع والتذكرة واختير في ( المبسوط والمهذب والشرائع والارشاد

وفي العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر ولو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فاشكال منشؤه الإبراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب انه لا يبرأ ولا تصير يده امانة (متن)

وشرحه لولده وجامع المقاصد والروض والمسالك (بقائه) قوله ﴿ وفي العارية والتوكيل بالبيع أو الاعتاق نظر ﴾ أقرب به عدم الزوال كما في (حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد) وهو خيرة التذكرة والايضاح في التوكيل ولم يرحح في الايضاح شيئاً في العارية ووجه الزوال فيها أي العارية انه قد سلطه على منافعه كالأجارة وأنها أمانة ووجه البقاء أصالة بقاء الضمان وان العارية لاتتاي الضمان كما في بعض أقسامها ومع اشتراط الضمان مطلقاً وحصول الفرق بين امساك المستأجر والمستعير فان امساك الاول بحق لازم وعقد مقابل بالعوض فصار قبضه كقبض المالك وامساك المستعير لنفسه بعير عوض ولا عقد لازم فامساكه ضعيف فلا يرول عنه الضمان ما لم يسلمه الى المالك ووجه زوال الضمان في التوكيل في البيع أو العتق قبل البيع والتسليم الى البائع أو العتق ان الوكيل كالمستودع ويد الوكيل يد الموكل ووجه البقاء الاصل وما سبق في الرهن وحصول الفرق بينه وبين المستودع بتبوت الاجرة له ما لم يتبرع فلا تكون يده كيده نعم لو كان وكله في اثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدمه انجبه زوال الضمان ولم يتعرض المصنف لما اذا باعه من الغاصب بيعاً صحيحاً أو فاسداً قوله ﴿ ولو أبرأ الماصب عن ضمان الغصب والمال في يده فاشكال منشأه الإبراء مما لا يجب ووجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب انه لا يبرأ ولا تصير يده امانة ﴾ ما قر به من أنه لا يبرأ خيرة جامع الشرائع على الظاهر والايضاح وحواشي الكتاب للشهيد وغاية المرام وجامع المقاصد (المبسوط) قولاً عن بعض الناس وهو الموافق للقواعد لان المين مادامت موجودة لا يتعلق بالذمة منها شيء سوى وجوب ردها على الفور وضماتها عند التلف فاذا أبرأه تعلق الإبراء بالامر الاول ولا يسقط الضمان حينئذ يزعم أنه أثر وجوب الرد على الفور فاذا سقط سقط لانه ليس أثره وانما هو أثر يد العدوان والبراء انما يسقط به الحق الثابت في الذمة لا كون اليد يد عدوان ونحوه وانما يزول عدوان اليد بأن تصير امانة ولا دخل للإبراء في ذلك مادام وصف العدوان ثابتاً فتأمل (فان قلت) فعلى هذا يتجه ما قاله في (التذكرة) من أنه يؤكّد ما تقدم من انتفاء البراءة مع عقود الامانات لانها أدون من التصريح بالبراء فاذا لم تحصل البراءة هنا فذلك العقود أولى (قلت) المقتضي للزوال هناك ان قلنا به كون الرهن ونحوه امانة وهو سبب غير الإبراء ولا يمتنع امكان أحد السببين وامتناع الآخر واختار الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير سقوط الضمان به أي الإبراء وما ذكره المصنف في توجيهه في (جامع المقاصد) انه لا يحصل له لان وجود سبب وجوب الشيء لا يقتضي صحة تعلق الإبراء بذلك الشيء الذي لا تحقق له فلذا كان الاقرب انه لا يبرأ بذلك ولا تصير يده يد امانة وانما يبرأ بالرد اليه أو يستنيبه في الحفظ عنه فهو في الثاني باعتبار كونه غاصباً مؤدّ وباعتبار كونه وكيلاً في اثبات اليد عن المالك أخذ وقد يكون المصنف أراد بوجود سبب وجوبه ان الضمان سبب عن التعدي ومعنى الضمان جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البديل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالبراء هو الاول لا الثاني ولذلك يحكمون عليه بالضمان

اما المستعير المفرط او المشترط عليه الضمان أو القابض بالسوم او الشراء الفاسد فالاقرب  
زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم اخف من ضمان الغاصب ولا يجبر الراهن  
على الاقباض فلورهن ولم يسلم لم يجبر عليه نعم لو كان شرطا في بيع فللبائع الخيار (متن)

بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا واذا فعل كذا ضمن مع أن لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل  
قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة وتتمام الكلام في باب الوديعة فانا أسبغناه هناك ولم يرجح  
المصنف في التذكرة ولا الشهيد في الدروس شيئا من القولين ولم يتعرض له في المسالك مع ذكره في  
الشرائع ويبقى الكلام فيما اذا أبرأ المالك المستعير المفرط والمشروط عليه الضمان والمستودع المتعدي  
والقابض بالسوم والشراء الفاسد اذ سيأتي ان ضمانهم أخف من ضمان الغاصب وذلك لا يجدي لكن  
في وديعة المبسوط والخلاف والتذكرة والشرائع والتحرير وجامع المقاصد ان المالك لو أبرأ المستودع  
برأ من الضمان ﴿ قوله ﴾ أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو  
بالشراء الفاسد فالاقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم أخف من ضمان الغاصب ﴿ هذا  
احتمله في (التذكرة) ومراده انه قد سبق ان ضمان الغاصب يزول بالارتهان فهذا أولى لان ضمانهم أخف  
لان لوازمه أقل وقلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف أما الكبرى فظاهرة وأما الصغرى فلانهم أقل  
اثما أو لا اثم عليهم ولانهم يضمنون بالقيمة على المشهور بخلاف الغاصب فانه يضمن بالأعلى على المشهور  
كما في (جامع المقاصد) وقد ذكرنا في محله ان المشهور خلافه ولانهم عند بعضهم لا يضمنون المنافع  
بخلاف الغاصب وأما انه اذا كان الضمان أخف يسقط بالارتهان فلابه مقتضاه لان مقتضاه عدم الضمان  
فلا يزول الا بما نفع أقوى ولما منع الحكم في الاصل في جامع المقاصد اتفق عنده بثبوته في الفرع كما صرح به  
وفي (حاشي الكتاب) يشكل بد تسليم الاخصة بعدم صلاحيتها لعدم المعارضة فان الاخف والاتقل  
يتركان في مطلق الضمان المافي للرهن المعبر فاذا صلح أحدهما للمنافاة صلح الاخر هذا كلامه  
(وحاصله) انا نستند في بقاء الضمان الى وجود سببه لالى خصوصية السبب فلا فرق بين الامرين وفصل  
في (الايضاح) فقوى زوال الضمان بالتفريط بالاقباض بالرهن وفي المقبوض بالسوم والبيع الفاسد قال  
وأما العارية المقتضية للضمان فيبقى فيها مادامت ناقية انتهى فليلاحظ قوله بالاقباض بالرهن وجزم في  
(التحرير) ببقاء الضمان في العارية المضمونة واستشكل في المقبوض بالشراء الفاسد (ونحن نقول) ان القائلين  
بعدم سترط القبض في صحة الرهن يلزمهم القول ببقاء الضمان الا أن يصدر منه إذن بالقبض له  
فيحيى الخلاف (وأما القائلون) بأنه شرط وكشفنا بهذا القرض كما هم مختار في الامرين فاظهار سقوطه  
لما عرفت آنفا وليس الارهان كالرهن كما عرفت أيضا ﴿ قوله ﴾ ولا يجبر الراهن على  
الاقباض ﴿ قد فصلنا الحال عند شرح قوله وهل له المطالبة به اشكال وبيننا هناك ان المصنف هنا عدل  
عن التردد الى الجزم وقانا انه ان كان غير مشروط لا يلزمه الاقباض ان قلنا ان القبض شرط في اللزوم  
وان كان مشروطا لا يجوز له الرجوع ولا يلزمه الاقباض وبيننا الحال فيه أي الاقباض على الاحتمالين  
أو القولين الاخيرين ﴿ قوله ﴾ فلورهن ولم يسلم لم يجبر عليه ﴿ هذا توضيح وتوطئة وتمهيد لقوله  
نعم لو كان شرطا وليس تفريعا اذ هو عين ما فرغ عليه ﴿ قوله ﴾ نعم لو كان شرطا في بيع  
فللبائع الخيار ﴿ ظاهر كلامه بقرينة ما سبق في باب شروط البيع من أنه اذا شرط العتق لا يجبر عليه انه

وكيفيته كما تقدم (متن)

إذا شرط الرهن في بيع مثلا فللبايع الخيار وانه لا يجبر المشتري على الاقباض كما هو خيرة التذكرة والمختلف والدروس وهو المحكي عن أبي علي لكنه انما يتم على القول بان القبض شرط في الصحة وأما على القول بأنه ليس بشرط والقول بأنه شرط في اللزوم فلا الا أن ينزل على العلم بأن ليس قصد المشترط اي قاع الصيغة فقط بل انما قصده استيفاء الحق منه على تقدير عدم حصوله وذلك انما يتم بالقبض وللزوم فكان اشراطه في اللزوم قرينة ظاهرة على ارادة القبض كما أشرنا الى ذلك كله فيما سلف واستدل عليه في (المختلف) بأنه شرط في عقد البيع الرهن الصحيح وانما يصح باختيار الراهن فلا يجبر عليه فان امتنع لم يسلم للبايع ما شرطه فكان له خيار الفسخ (وفيه) ان مقتضى العقد اللزوم وجوب الوفاء وان الاخلال بالشرط يقتضي المعصية اقله عليه السلام الا من عصى الله وما كان لاخلال به معصية ففعله واجب والحق الواجب للأدعي يجبر عليه عقدا كان أو قبضا سلمنا انه لا يصح الاجبار على العقد فبالا قبض لا يصح الاجبار عليه بناء على القول بأن القبض شرط في اللزوم أو ليس بشرط أصلا اذ ليس هناك الا شراط القبض فالاصح ان له الاجبار كما هو خيرة الشيخ والمصنف في آخر هذا البحث حيث قال نعم لو اشترطه وجب والمحقق الثاني والشهيد الثاني في المقام وخيرة جماعة كثيرين في كل شرط شرط في عقد لازم كما بينا ذلك في باب النقد والنسيئة وباب شرائط البيع وباب القرض وغير ذلك بل قد حكى على ذلك الاجماع في (الغنية والسرائر) نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع وقد الدليل على اعتبار تعذر اجبار كما ذكر ذلك في جامع المقاصد وهو خلاف ما في المسالك لانه بعد أن اختار فيه الاجبار جعل له الخيار عند تعذره أي لاجبار ولعل ذكر البايع في العبارة للتشيل لا للتخصيص اذا المشتري المشترط كذلك **﴿ قوله ﴾** وكيفيته كما تقدم ﴿ كما في (التذكرة والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك) وقد تقدم للمصنف ان التخلية مطلقا وفيما لا يتقل ولا يحول كالاراضي والابنية والاشجار والنقل في المنقول والكيل او الوزن فيما يكال أو يوزن وقد بينا الحل في ذلك بما لم يوجد في كتاب وفي (جامع المقاصد ومسالك) القبض هنا كالقبض في البيع فجميع ما تقدم هناك آت هنا (قلت) قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي انه قال لا يكفي التخلية في المنقول هنا ولو قلنا بان لا كفاءة بها في البيع لان البيع يوجب استحقاق القبض فيكفي التمكين منه وهما لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق وحكاه في (التذكرة) عن بعض الشافعية وسكت عنه وفيه نظر لعدم ظهور الملازمة وكذلك الفرق بان القبض لما كان جزء سبب هنا على القول باعتباره لان هذا البحث ساقط على القول بعدم اشراط القبض وجب فيه الاخذ والنقل لاكتفاء المسمى بدونه ولما كان المقصود به في البيع زوال الضمان عن البايع وانقضاء سلطنة حبسه اياه اكتفى بما يزول معه السلطنة وهو رفع اليد والتخلية لانه لا يتم ايضا لان انقطاع سلطنة البايع والدخول في ضمان المشتري يحتاج الى تحقيق مسمى القبض كذا قال في جامع المقاصد (والجواب) الراجع الاشكال ان القبض معنى واحد والمعتبر فيه العرف وهو متحد في البابين وما ذكره القاضي يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته كما بيناه في باب الهبة (وقد يقال) ان القبض والتسليم المتحقق الذي يجب على البايع والغاصب والراهن المشروط عليه ذلك ليس هو النقل الذي هو من فعل الآخر ولا وضع اليد والقبض بها لان ذلك فعل

وانما يصح القبض من كامل التصرف وتجزي (وتجري خ ل) فيه النيابة كالعقد لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن وهل له استنابة عبد الراهن ومستولته اشكال ينشأ من أن أيديهم يده (متن)

المشتري ونحوه مما ذكرنا ولا معنى لا يجابه على الغير لان الظاهر انه لا يجب على البائع او الراهن مثلا ان يأخذ بيد المشتري او المرتهن ويضعها على المبيع ويلزمه بحمله ونقله ولا ان يكيل ان باعه مكيلا بحضوره وعلمه بل لا يجب عليه عقلا وعرفا الا التخلية بان يرفع يده عنه ويأذن له في القبض ويرفع الموانع عنه بحيث يسهل على المشتري ونحوه قبضه بسرعة عرفا فيسقط بذلك الضمان عن البائع والغاصب ويكون الراهن قد وفى بشرطه ويدل على ذلك أنهم صرحوا انه لو ادنى المبيع وقربه منه ومكنه فلم يأخذه المشتري انه لا ضمان على البائع وصرحوا بان الغاصب اذا وضع الغصب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله بسرعة انه يبرأ من ضمانه وكذلك الحال في المواريث وسائر الاموال المشتركة بعد قسمتها وتمكين صاحبها منها ورفع المانع عنها بل قيل في باب الاجارة ان ذلك جار في الديون وليس كذلك لعدم التشخيص كما بينا ذلك كله في باب البيع هذا كله في القبض المستحق واما غيره كالرهن الغير المشروط على القول بشرطية القبض في صحته فانه مالم يتعلق حقه به ولا سلطان له قد تقول فيه ان التحلة حينئذ غير كافية فليحظ ذلك وابتأمل فيه (وقد يقال) ان قضية حكم المصنف فيما يأتي قريبا بعدم جواز استنابة الراهن في القبض لعدم تحقق الاستيثاق ان لا يكتفى في غير المنقول بالتخلية اذ ليس الاستيثاق فيها باعظم من قبض الراهن اذا وكله فتأمل فيه **قوله** **﴿** وانما يصح من كامل التصرف **﴾** وهو الحر المكاف الرشيد غير المحجور عليه لسفه او فاس لان فعل غيره لا يعنده شرعا فلا يكرن مكملا للسبب الترععي **قوله** **﴿** وتجري فيه النيابة كالعقد **﴾** هو بالزاء المعجمة كما في اكثر السخ وفي (جامع المقاصد) ان منعلقة حفيقة العبادات وفي غيرها مجاز (قلت) ورد في المعاملات في كلامهم صلوات الله عليهم قالوا يجري من البول ان يغسله بماله ويجزيك من الاستنابة ثلاثة احجار وكذا في كلام الفقهاء رضي الله عنهم وان ابيت الا انه مجاز فهو كثير شايخ واجزائها فيه مما لا ريب فيه **قوله** **﴿** لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن **﴾** هذا كما في (الايضاح والحواشي والتذكرة) عن الشافعي مبني على انه لا يجوز للواحد تولى طرفي القبض وبناه في جامع المقاصد على انه لا يحصل به معنى الاستيثاق وكيف كان فالاقرب الحواز كما في (التذكرة والتحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد) لانه يجوز للواحد تولى طرفي العقد والقبض لكن لا بد من مصي زمان بعد الرهن يمكن فيه القبض ويضعف ما في جامع المقاصد بما ذكر فيه من انه ان اريد به الدوام فهو غير معتبر اصلا او مسما وهذا مع انه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق يصدق في قبض الراهن عن المرتهن لانه بالوكالة عنه نصير يده يده فيكون مقبضا لكونه راهنا وقابضا لكونه وكيل المرتهن **قوله** **﴿** وهل له استنابة عبد الراهن ومستولته اشكال من ان يدهم يده **﴾** هذا وجه عدم الحواز ووجه الجواز ان توكيله ايسر توكيلا لمولاه وله اهلية التوكيل باذن المولى فليست يده يد مولاه فيما ينوب الغير فيه فلا يلزم من توكيله تولى طرفي القبض بخلاف المولى وكانه حاول ادراج القن والقتة والمدير بقوله عبد الراهن فلذلك اتى بضمير الجمع فكانت العبارة شاملة لأقسام الملوك

ويستنيب مكاتبه وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والاصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال وان لم يزل فلا كالوطي من دون احوال والتزويج والاجارة والتدبير ولو انقلب خمر قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمر بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس (متن)

والخواصر صريح الدروس والحواشي وجامع المقاصد وقضية كلام التذكرة والتحرير وكأنه قال به في الايضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستنيب مكاتبه ﴾ لا تقطاع سلطنة المولى عنه سواء كانت الكتابة مطلقة او مشروطة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والاصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال ﴾ لو تصرف الراهن في الرهن قبل الاقباض بهبة او بيع او عتق او وقف او جعله صداقا او رهنه من آخر مع القبض او جعله مال اجارة او كاتبه فعلى القول بلزوم الرهن بمجرد العقد تكون التصرفات موقوفة على اجازة المرتهن فان اجازها صحة والا بطلت الا في العتق على رأي كما سلف وعلى القول بان القبض شرط في الصحة يكون ذلك رجوعا عن الرهن فيبطل الرهن لانه اخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه او فعل ما يدل على قصد ذلك وكلها صحيحة نافذة ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد قبض المبيع والموهوب ام لا كما في التذكرة (واما الرهن) فاذا لم يقبضه فلا حكم له لكونه شرطا وفي (الدروس) انه يتخير في اقباض ايها شاء وهو كذلك وظاهر (التذكرة) انه مبطل كما في صورة الاقباض وفي عقد الرهن في العبارة في التصرف المزيل للملك مسامحة ووجها انه اذا افاد المنع من التصرف اشبه المزيل للملك في منع التصرف بالاقباض عن الرهن السابق فيبطل العقد السابق وما احسن قوله ويلحق به الاحبال فانه لا يزيل الملك وانما يمنع التصرف المزيل عن الملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان لم يزل فلا كالوطي ﴾ من دون احوال والتزويج والاجارة والتدبير ﴿ اذ لا تعلق للوطي المحرد والتزويج بمورد الرهن فان رهن الزوجه ابتداء حائز وظاهر التحرير الاجماع على التزويج وقال في (التذكرة) اما الاجارة فان قلنا ان رهن المؤجر جائز فهو كالتزويج والافه رجوع (قلت) هو عين مملوكة يصح قبضه للمرتهن باذن المستأجر ويمكن بيعه وبه قطع في الدروس واما التدبير فقد احتمل في التذكرة انه رجوع لتنافي غايته وغاية الرهن واشعاره بالرجوع وقواه في الدروس وقد بينا في الفصل الثاني في المحل انه لا تنافي بين الغائتين وانه يجوز رهن المدبر وتدبير المرهون ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انقلب خمر قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمر بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس ﴾ قد تقدم في الفرع الخامس من الفصل الثاني ما يعرف به حال هذه الباحث ومراده في المسئلة الاولى انه لو رهنه عصيرا او خلا فانقلب خمر قبل القبض بناء على اشتراطه بطل عقد الرهن الواقع قبل الانقلاب من دون القبض لان الاقرب خروج العصير بالخرية عن ملك



ولو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله (متن)

الراهن فاذا عاد احتاج الى تجديد عقد وهذا هو المطلوب لان الغرض انه هل يعود بعوده خلا  
او عصير ام لا اذ الخروج عن الرهنية حينئذ مما لاشبهة فيه كما ان الخروج عن ملك الراهن كذلك  
والحقيق الثاني فهم ان المراد من العبارة الاول اعني الخروج عن الرهنية دون الثاني اعني الخروج عن  
الملكية فورد عليه انه لم يصر رهنا بعد فكيف يتصور خروجه عن ذلك وعدمه وعلى ما قرناه من  
ارادة الثاني وهو الذي فهمه الشهيد في حواشيه ونبه عليه في موضع من التذكرة يندفع الايراد المذكور  
وكلاهما معلومان متلازمان متبادران كفرسي رهان والمطلوب غيرهما كما عرفت فلا ترجيح بالتبادر  
وان الثاني من بيان الواضحات لتساويهما في الامرين مما وكيف كان فالبطالان والاحتياج الى تجديد  
عقد عند العود مذهب اعظم القائلين باشتراط القبض في الرهن بل لا نجد الآن من يقول بعدم  
البطالان من استرط القبض كما في (جامع المقاصد) والمصنف في التحرير والشهيد الثاني في المسالك  
اسندا البطلان وعدم العود بزوال الجزئية الى القائلين باشتراط القبض وبه صرح في الايضاح  
والدروس والحواشي وموضع من التذكرة وحكاه في الاول عن الشيخ وابي الصلاح لان ما بقي  
وهو القبض جزء من اجزاء السبب فيشترط فيه شروط ابتداء السبب فكما لا يصح ابتداء على الخمر  
لا يصح القبض وهو خمر ولان الانقلاب خمر يخرج عن الملك ومتى تخلل بين اجزاء السبب مبطل  
الملك بطل لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك وقد ناقش في جامع المقاصد في كلا الوجهين  
وكانها في غير محلها وجعلها في الايضاح وجها واحدا وهذا الفرع ساقط عند من لا يشترط القبض  
قال في (التحرير) وعندنا يعود وفي (جامع المقاصد) هذا الفرع ساقط عندنا اذ لا يشترط القبض  
ونحوه ما في المسالك ولم يرجح في التذكرة (واما المسئلة) الثانية فقد استوفينا الكلام فيها فيما سلف  
واما انه لا يجوز له اقباضه وهو خمر فلان جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه واما انه لا يحرم  
الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس فالغرض به الرد على الشافعي فانه حرم الثلاثة وقال انما  
تخل اذا استحالت من نفسها حكاه عنه الشهيد وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية اقاويل وابطال  
﴿ قوله ﴾ ولو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله ﴿ هذا الحكم مبني على  
استراط القبض في الرهن كما في (جامع المقاصد) وجعله في التحرير مفرعا على احد قولي الشيخ  
وهو اشتراط القبض ولذا قال فيه وفي (الشرائع) لم يصر رهنا حتى يحضر المرتهن عند الرهن ويقبضه  
هو أو القائم مقامه وفي (جامع الشرائع) حتى يصل اليه وحمل في المسالك عبارة الشرائع على انه لا  
يصر رهنا لازما ولا حاجة الى ذلك لأن المحقق ممن يذهب الى اشتراط القبض ولما كان الشيخ في  
المسوط ممن يذهب الى انه غير شرط قال لا يصبر مقبوضا حتى يصير اليه ولا يصح القبض الا بان يحضر  
المرتهن فقبض او يوكل في قبضه فيصح قبض الوكيل وقال في (جامع المقاصد) بعد ان بنى الحكم على  
اشتراط القبض كما سمعت لا بد في حصول القبض من عود الغائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه اياه عادة  
او توكله في القبض لمن كان قريبا حيث يتمكن منه سواء في ذلك ما ينقل وغيره نص على ذلك الاصحاب وغيرهم  
وبه قال المصنف في التذكرة انتهى وانت قد سمعت كلام من تعرض لهذا الفرع من الاصحاب واما كلام  
المصنف في التذكرة فهو قوله ولو كان غائبا اعتبر زمان يمكن المصير فيه اليه ونقله وهل يعتبر مع ذلك

ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الاحلاف (متن)

نفس المصير اليه ومشاهدته له وجهاً أحدهما نعم لتيقن حصوله ويثق به وأصحهما عندهم لا ويكتفى بأن الاصل بقاؤه واختلفوا في محل القولين منهم من جملة احتياطاً مطلقاً ومنهم من حمله على ما إذا كان المرهون مما يتردد في بقائه بأن يكون حيواناً غير مأمون الآفات أما إذا تيقنه فلا حاجة وعلى اشتراط الحضور والمشاركة فهل يشترط النقل وجهاً أحدهما نعم لأن قبض المتقول به يحصل والثاني لا يشترط لأن النقل إنما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج هنا انتهى ولم أجد له كلاماً في المسئلة غير هذا والذي يقتضيه النظر أن الغائب إما أن يكون غائباً عن مجلس العقد أو عن بلده مما ينقل أو من غيره وإما أن يكون أمانة عند المرتهن كما إذا كان وكيلاً عليه في غير المتقول أولاً فإن كان غائباً عن مجلس العقد لا عن البلد وكان مما لا ينقل فالظاهر أنه لا يحتاج إلى مضي زمان فضلاً عن المصير اليه للاصل وقضاء العرف ولا سيما إذا كان قريباً فخاله كالحاضر كما إذا تماقدا على باب الدار أو البستان وهو خلاف ظاهر المصنف والجماعة وأما إذا كان غائباً عن بلد العقد أو كان فيها إلا أنه بعيد عادة كما في البلدان الكبار فاشكال من صدق التخلية وكونه تحت يده وعدم إمكان قبض جميعه وأقصى ما يفيد المصير اليه قبض بعضه كما إذا أوصى بالأراضي البعيدة أو وهبها فإن القول بعدم حصول الملك في ذلك إلا بعد الوصول إليها بعيد ومن أن الاصل العدم وحصول الشك لمكان البعد والاصل معارض بمثله فيبقى الكلام في صدق العرف وعدمه والظاهر العدم عند المصنف والجماعة وأما إذا كان بيد المرتهن غاصباً كان أو وكيلاً عليه وهو غير متقول احتمال قويا جداً أنه لا يحتاج إلى تجديد قبض ولا مضي زمان وإن كان غائباً عن بلد العقد واحتمل اعتبارها وأما إذا كان غائباً عن مجلس العقد أو عن البلد وكان مما ينقل فقد سمعت ما قالوه من أنه لا بد من مصيره اليه وقبضه له من دون فرق بين الحيوان وغيره ولكنهم يفرقون بين أن يكون في بيته أو يد وكيله وبين أن لا يكون كذلك كما مر في رهن المقبوض وهذا عند من لا يكتفي في المتقول بالتخلية وقد تقدم في باب قبض المبيع ماله نفع تام في المقام ﴿ قوله ﴾

﴿ ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الاحلاف ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام والمسالك والروضة) وكذا جامع المقاصد (أما الاول) فلم يصرح بقرار العقلاء فيحكم عليه ولو كان في يده (وأما الثاني) كما إذا قال أرهته اليوم داري بالحجاز وهما بالعراق وأقبضته اياه فلأنه محال عادة بناء على اعتبار وصول القابض إلى الرهن أو من يقوم مقامه في تحققه (وأما الثالث) وهو ما إذا ادعى بعد الاقرار بالقبض المواطاة على الاقرار والشهاد عليه إقامة لرسم الوثيقة حذراً من تمدد ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض فلجريان العادة بذلك قسماً دعواه فله احلاف المرتهن على عدمها وإنه وقع موقعة هذا إذا شهد الشاهدان على اقراره أما لو شهدا على نفس الاقباض ومشاهدته لم تسمع دعوى الراهن انه لم يقبضه وكذا إذا شهدا على اقراره فأنكر الاقرار كما صرح بذلك في الاول في المبسوط والتذكرة والتحرير والروضة والدروس والكمناية وفي الثاني في الاربعة الاول والمسالك وكذا لو رجع أي الراهن عن الاقرار بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع دعواه بحيث يتوجه على المرتهن اليمين كما في الشرائع والتحرير والدروس والمسالك والروضة وكذا المبسوط في أول كلامه ثم انه قوى بعد ذلك السماع لجريان

ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانقضاء نظراً قر به ذلك للقبض وان تعدى في غير الرهن ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جازوناب عنه في القبض (متن)

العادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقق ما فيها واستقر به في التذكرة ولو ادعى الغلط في اقراره وأظهر تأويلاً ممكماً كأن قال اني أقبضته بالقول فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك أو قال استندت فيه الى ما كتبه وكيلي فظهر مزوراً ونحو ذلك سمعت دعواه كما في ( لمسوط والتذكرة والدروس والمسالك والروضة ) لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة ومعنى سماع دعواه توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقي أو على نفي ما يدعيه الراهن لان الاصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع وهل يقبل تأويله الممكن لو كان الاقرار في مجلس الحكم احتمالان أستبيهما القبول ولا يفرق في ذلك كله بين أن يكون الرهن في يده أو يد المرتهن أو في يد غيرها وكذا لا يفرق بين تلفه وعدمه كأن يقول تواطئنا على الاقرار ثم اخذه من دون اذن فتلف والمرتهن كالراهن فيما ذكر كما في المبسوط وهذه الاحكام جارية على القول بأن القبض شرط في الصحة أو اللزوم بل وعلى القول بعدم اشتراطه على بعض الوجوه ولذا ذكرها من عرفت على اختلاف آرائهم فلا باعث على قصرها أو قصر بعضها على القول باشتراطه في الصحة كما في ظاهر جامع المقاصد وأيضاً قال المصنف في آخر البحث ان هذه كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض ولكنه قد ذكر فيها ما هو غير مختص باشتراط القبض كقولها ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه الى آخره **قوله** **﴿ ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك ﴾** ظاهره كما هو ظاهر اللمعة وصريح الشرائع والتحرير والدروس وغاية المرام أنه لا فرق بين ما ينقل وبين ما لا ينقل لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يعتد به شرعاً ويشكل فيما يكفي فيه مجرداً لتخليه فانها لا تستدعي تصرفاً بل رفع يد الراهن وتمكينه منه فلا حاجة فيه الى اذنه كما جزم به في المبسوط واستجوده في المسالك والكفاية والحدائق والرياض ولم يرجح في الروضة **قوله** **﴿ فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانقضاء نظراً قر به ذلك للقبض وان تعدى في غير الرهن ﴾** هذا هو لاصح كما في ( الايضاح وجامع المقاصد ) وكذا الحواشي والاحود كما في الروضة والاقوى كما في المسالك والاقرب كما في الكفاية لان الهى الذي توهم منه القول بعدم التامية انما هو لحق التريك خاصة للاذن من قبل الراهن الذي هو المعتد به شرعاً وكونه قضا واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة وظاهر جماعته كما حكى عن صريح الشهيد عدم تمامية القبض للهى المانع كما لو وقع بدون اذن الراهن وهو خيرة الكتاب والايضاح وجامع المقاصد والمسالك في باب الهمة وقد قلنا كلامهم في الباب هناك فقد ظهر وجه النظر والمراد قول المصنف للقبض حصول القبض المعتد شرعاً **قوله** **﴿ ولو لورضى الراهن والمرتهن بكونها في يد التريك جاز ﴾** كما في ( المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ) في موضعين منه والروضة وكذا غاية المرام ووجه ظاهر والضمير في كونها يعود الى العين المشاعة ومثله سائر **قوله** **﴿ وناب عنه في القبض ﴾** معناه أن التريك حينئذ ينوب عن المرتهن في القبض كما في التحرير ( وفي جامع المقاصد ) اسكن لا بد من اذن الراهن وفي ( المسالك والروضة )

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره ثم قسمها والا استأمن من شاء ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الا قباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ولو كانا ساكتين في الرهن تغلّى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده (متن)

يعتبر سماع الشريك اذن الراهن في قبضه الرهن واذن المرتهن فيه وفي (جامع المقاصد) هل يكفي اذنه أي الراهن للشريك في القبض والمرتهن فيه من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك أم لا بد من ذلك فيه احتمال وفي الاكتفاء قوة لاستلزام الاذن في كل منهما في القبض الاذن للمرتهن في توكيل الشريك وبه جزم في المسالك نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف **قوله** ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ﴾ يريد أنه اذا اذن الراهن للمرتهن في القبض فنزعه الشريك فيه نصب الحاكم عدلا الى آخره وبه صرح في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير وغاية المرام وفي (حواشي الكتاب) ان هذا ضابط كلي مطرد في كل شريكين أو أكثر تنادوا في ملك ولم يمكن قسمته فان الحاكم ينزعه من الشركاء او يؤثره وهل يؤثره على بعض الشركاء الاقوى الحوازم مع عدم الضرر وأما مالا أحرة له كفص الياقوت والفيروز وشبهه فان احكامه ينتزعه من أيديهم ويجعله عند أمير الى أن يتقنا وقيدنا العبارة بالاذن والقبض لانه بدون الاول لا يعتد بمآزعه وبدون الثاني لم تغرق عن المسئلة الآتية **قوله** ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره ثم قسمها والا استأمن من شاء ﴾ التنازع هنا في استدامة اليد بعد القبض اذا لم يتهاوبا وتكن مدة الاجارة لاتزيد عن محل الحق وأجله وبمضمون ما ذكره في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير والدروس وفي (جامع المقاصد) كانه انما أفرد هذا بخصوصه لبعده تصور ثبوت الاجرة لزمان القبض لقصره بخلاف رمان الامساك (وفيه) أن قوله ان كان له أجره يدفع ذلك ولا ريب في طول العبارة من دون نكته ولو قال ولو تنازع انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره والا نصب عدلا يكون في يده لهما لكان أخصر ومعنى قوله والا استأمن ان لم يكن له أجره وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض **قوله** ﴿ ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الا قباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ﴾ كما في (الدروس) وكذا التحرير على أحد قولي الشيخ باشتراط القبض اذ المفروض وقوع التحجير بعد العقد وقبل الاقباض فلو أقبض لم يعتد به والاقرب أن العبارة لا تبطل ولو أقبض بعد زوال الحجر كان ما حيا كما نص عليه في الدروس **قوله** ﴿ ولو كانا ساكتين في الرهن تغلّى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ﴾ اذ لو لم يخرج لم يصح ثبوت يده على الرهن حينئذ وهو مناف للتخليه لكان لم يعرف المراد من صحة القبض هل هي الصحة في الجميع أو في البعض وان التخليه هل هي بعد خروج الراهن عنها أو قبل خروجه ولا ريب انها ان كانت بعد خروجه صح القبض وان كانت قبل خروجه فالمراد في التذكرة أنه يصح في النصف وحكي عن الشافعي أنه يصح في الجميع وضمير بينا يعود الى الرهن بتأويل الدار **قوله** ﴿ ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده ﴾ اذا اختلفا في القبض

ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك (متن)

فاما أن يعلم سبق الاذن أولا يعلم وعلى التقديرين اما أن يكون في يد أحدهما أولا يكون كأن يكون في يد ثالث وعلى التقادير اما أن يدعيه أي القبض المرتهن كما هو الغالب أو الراهن كما اذا كان مشروطا في لازم ومشروطا على المرتهن نفقته وحفظه وهو يريد الخلاص من ذلك فان علم سبق الاذن وكان في يد أحدهما فقد جزم في التذكرة بتقديم قول صاحب اليد واحتمله في التحرير والدروس عملا بالاصل لو كان في يد الراهن وبالظاهر لو كان في يد المرتهن لأنها يد شرعية واقعة بالاذن وفي (جامع المقاصد) لو قيدت المسئلة بما اذا علم سبق الاذن فسد الكلام اذا لا معنى للتقديم ولا للتزاع بعد تحقيق اليد وسبق الاذن ولان المراد التقديم مع اليمين وهو غلط على هذا التقدير انتهى ووجهه انه مع سبق الاذن في الرهنية وحصول القبض لا يصح للمرتهن ان يقول هو وديعة لانه خلاف الفرض ويأتي حكمه وهو ما اذا اختلفا في انه رهن أو وديعة الا ان تقول انه يقول رجعت بعد الاذن قبضته مني سرقة او غصبا وانكر المرتهن الرجوع كما نبه عليه في التحرير قال فالقول قول المرتهن في قبضه باذنه لا بعد الرجوع انتهى وقد حقق المحقق المذكور ان الاصل بعد تحقق كون العين ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان واصل عدم الرجوع معارض به وباستصحاب بقاء التصرف الا ان تقول انه يرجع الى الاختلاف في الرجوع لا في القبض وهو خلاف الفرض سلمنا انه يستلزمه لكن الاصل والظاهر واصل صحة العقد قاضية بتقديم قول المرتهن حينئذ كما حكم به في التذكرة لاصل عدم الرجوع لكننا نقول لا غلط حينئذ ولا فساد الا ان تقول ان الكلام في احتمال تقديم قول الراهن حينئذ مع اليمين وفيه من الغلط والفساد ما لا يخفى وان احتمله كذلك المصنف في التحرير والشهيد في الدروس فليتأمل جيدا وأن لم يعلم سبق الاذن وكان في يد أحدهما فان كان في يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في اصل الرهن لانه منكر والاصل معه وان كان في يد المرتهن فان قال غصبته مني او اجرته لغيرك فحصل في يدك فالقول قول الراهن ايضا مع يمينه لان الاصل عدم القبض وعدم الاذن فيه وعدم الرضا به ويحتمل في وجه بعيد ان القول قول المرتهن لدلالة اليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك (وفيه) ان الاصل بعد تحقق كونه ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان كما عرفت وان ادعى قبضه من جهة اخرى مأذون فيها غير الرهن كأن قال او دعيتك او اكرهته من فلان فاكرهه منك فوجهان احدهما ان القول قول المرتهن لانها اتفاقا على قبض مأذون فيه واراد الراهن ان يصرفه الى جهة اخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المحجوج الى القبض وبهذا يفترق عما اذا اختلفا في انه رهن او وديعة والثاني ان القول قول الراهن لان الاصل عدم اللزوم وعدم اذنه في القبض عن الرهن (ومما ذكر) يعرف الحال فيما اذا كان في يد ثالث وان كان المدعي القبض الراهن وانكره المرتهن بان قال اخذته غصبا أو عارية فقد يعطي اطلاق العبارة بتقديم قوله مع يمينه وليس كذلك (فان قلت) اذا كان العقد جائزا من طرف المرتهن قبل قوله اذا انكر فعبارة المصنف متجهة فيه (قلت) فيه مع عدم الحاجة الى اليمين حينئذ أن العقد قد يكون لازما مشروطا في لازم كما عرفت فالظاهر عملا بالظاهر واصل الصحة تقديم قول الراهن وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض وقد تقول بجرى ان هذا التفصيل فيما اذا اختلف البيعان في القبض اذا كان للبايع حق الحبس فليلاحظ ذلك ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك ﴾ اي تقديم قول من هو في يده لان الاصل في اليد كونها شرعية

وتصدق الرهن مع اليمين ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببذل التالف ويكون الباقي رهنا بجميع الثمن ولا خيار لو تلف بعد القبض ( متن )

بالاذن وفي ( جامع المقاصد ) انه ليس بشيء لان ذلك في اليد التي لا يعلم ما ينافيها وأما اذا علم سبق استحقاق شخص آخر فالاصل عدم الاذن والاصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر ( قلت ) وهو خيرة الدروس ولم يرجح في الايضاح ونحن نقول الاختلاف في الاذن يقع على نحوين ( الاول ) ان يختلفا في نفس الاذن فيقول المرتهن اذنت لي في قبضه فيقول الراهن لم آذن وإنما اخذته غصبا او سرقة هذا اذا كان في يد المرتهن واما اذا كان في يد الراهن فهو كأن يقول اذنت لي قبضته رهنا وارجته اليك وديعة فينكر الراهن الاذن بالسككية وفي هذين يقدم قول الراهن للاصل بجملة من معانيه ( الثاني ) ان يقع الاختلاف في افراد الاذن ولعله غير مراد للمصنف وتصويره اذا كان في يد المرتهن ان يقول اذنت لي في قبضه رهنا ويقول الراهن اذنت لك في قبضه عارية بعد حصول العقد واذا كان في يد الراهن فهو كأن يقول اذنت لك في قبضه عارية ورددته الي ولم ارد انقضاء الرهن ويقول المرتهن اذنت لي في قبضه رهنا قبضته واودعته عندك وحكمها يعرف مما تقدم قوله ﴿ وتصدق الرهن مع اليمين ﴾ اي احتمل تصديق الراهن مع يمينه اذا اختلفا في الاذن لان الاصل في طرفه وفي ( جامع المقاصد ) انه الاصح قوله ﴿ ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببذل التالف ويكون الباقي رهنا بجميع الثمن ﴾ تلف البعض اما ان يكون قبل قبضه فقط والبعض الآخر مقبوض او بعده والآخر غير مقبوض او قبل قبض الكل وهو الظاهر من كلام المصنف هنا وفي التحرير والشهيد في الدروس او بعد قبض الكل وقد ينفى الكل قبل القبض وعليها اما ان يكون مشروطا في لازم او غير مشروط فان كان مشروطا وقلنا ان القبض شرط فان كان التالف غير مقبوض وكان الآخر مقبوضا بنت للبائع الخيار فقد الرهن بكامله بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببذل التالف لان الرهن لم يتم والاشترط انما تعلق بالعين وقد تعذر بعضها تلفه وليس للراهن خيار لمكان قبض البعض فتأمل وان كانا غير مقبوضين ثبت الخيار للراهن والبائع اما الراهن فلانه انما وقع الشرط عليهما معا وقد تلف احدهما فتبعضت الصفقة اذ لعله لا مصلحة له كما اذا وقع على الحارية وولدها مثلا فهو مخير بين اقباض الباقي وامسأكه فان امتنع من قبضه ثبت للبائع الخيار واما البائع فلما تقدم واما لو تلف بعد قبضه والآخر غير مقبوض فيحتمل ان لا خيار للبائع لانه لو تلف كله حينئذ فلا خيار فاذا تلف بعضه فكذلك او اولي فيكون الباقي رهنا بجميع ماله ويحتمل بوث الخيار له لانه بعد لم يقض البعض الآخر فتبعضت الصفقة فله ان يرضى برهنه الباقي ولا بدل عن التالف وان يفسخ من المبيع في مقابلة الباقي ويعضي في مقابلة التالف او يفسخ في الجمع وقال الشيخ فيما اذا رهن عبدين وسلم احدهما الى المرتهن فمات في يده وامتنع من تسليم الآخر لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لأن الخيار في فسخ البيع انما ثبت اذا رد الرهن ولا يمكنه رده لفواته والحق ثبوت الخيار كما ذكرنا وهل يثبت للراهن خيار الطاهر ثبوت ذلك له على الثاني من الاحتمال الثاني ومنه يعلم حال تلف الكل قبل القبض وحال تلف البعض بعد قبض الكل فانه

وكذا يتغير البائع لو تعينت العين قبل القبض كأنهدام الدار وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض نعم لو شرطه وجب ﴿ فروع الاول ﴾ لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله وهو الجائز التصرف وان كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن يجعل لاصيبيا ولا عبداً إلا باذن مولاه (متن)

لا خير لتحقق حصول الشرط واليه أشار المصنف بقوله ولا خيار لو تلف بعد القبض وبأدنى تأمل يعرف حال غير المشروط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا يتغير البائع لو تعينت العين قبل القبض كأنهدام الدار ﴾ لانه لا يفسخ عقد الرهن لان ماليها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وانقضت باقية فيثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطاً في بيع لانها تعينت ونقصت قيمتها وتكون العرصه والانقراض رهناً بجميع الدين اذا لم يفسخ لان العقد ورد على مجموع الدار المشتملة على العرصه والانقراض من الاخشاب والاحجار ونحوهما وما دخل في العقد استقر بالقبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض ﴾ قد عرفت ان جملة منها جارية على القولين ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم لو شرطه وجب ﴾ قد اشرنا الى هذا عند شرح قوله نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار وان هذا عدول عن ذلك واستوفينا الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم ﴾ وفي (المبسوط والخلاف والسرائر) اذا شرط الراهن وضعه على يد عدل صح شرطه وزاد في الاولين فأذا بض العدل لزم وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرقة وجميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال لا يصح قبضه ونسبه في التذكرة الى علمائنا وجماعة من الفقهاء وفي (السرائر) اذا شرط المرتهن وضعه على يد عدل ٥٠ مبن لزم وفي (التحرير والدروس) يجوز اشتراط وضعه على يد عدل وفي (-الارشاد) يجوز وضعه على يد اجنبي وقيدته في مجمع البرهان برضاها فقد تحصل انه يجوز ان يشترط المترهنان وضع الرهن على يد ثالث سواء تعدد أو אחד عملاً بالأصل وبقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عد سروطهم وللإجماع المذكور لانطباقه عليه ونسب الى علمائنا في التذكرة انه يكون وكيلاً للمرتهن نائباً عنه في القبض والظاهر من الوضع الاستدامة والابتداء معاً كما ستعرف ومن اللزوم في العبارة لزوم القبض ويحتل لزوم الشرط والوضع ولا كلام في لزومه من طرف الراهن وكذلك المرتهن لان الراهن مارهن الاعلى هذا السرط ولعله لمصاحبة له في ذلك ويبيه عليه ما يأتي في الفرع الثالث وفي (الخلاف) اذا عمل المرتهن العدل لم ينزل وهل للراهن أن يستقل بالوضع من دون حضور المرتهن واذنه ام لا احتمالان اظهرهما ان له ذلك لانه وان تعلق حق المرتهن به لكه على هذا الشرط فان دام عليه فذاك والا ارتفع حقه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويشترط كونه ممن يجوز توكيله ﴾ لانك قد عرفت انه وكيل كما سمعته عن التذكرة وهو ظاهر جماعة وصريح آخرين ومعناه انه يشترط في صحة القبض ولزومه كونه ممن يجوز توكيله فان قبض الصبي وعدمه سواء وكذلك العبد بدون اذن مولاه فلا يصح القبض ولا يلزم به الرهن اذا جعل الصبي وكيلاً فيه ابتداءً واستدامة معه فلو اشترط استدامة قبضه في يد صبي مأمون رشيد بعد قبض المرتهن له كان وكيلاً جليلاً لاشريعياً وصح القبض والرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو الجائز التصرف وان كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن يجعل لاصيبيا ولا عبداً إلا باذن مولاه ﴾ ولا فرق في هذه بين الذكر والاثني وظاهر الاطلاق قد يعطى انه يجوز إثبات الكافر وأيداعه المصحف والعبد

(الثاني) لو جعلاه على يد عدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولا يعضه ولو سلمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ففي استقراره على أيهما اشكال (متن)

المسلم وقد مر الكلام في ذلك في باب البيع والزهن واعتبر في الجعل في حواشي الكتاب ان يكون اكثر من اجرة المثل او مساويا لها لا اقل ونحوه ما في جامع المقاصد واطلق في التذكرة والدروس ولا يعتبر حينئذ اذن مولاه ولو اذن له المولى زال الحجر لان الحق دائر بينهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جعلاه على يد عدلين جاز ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما التفرد به ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية) هذا اذا شرطنا عليها الاجتماع او اطلاقا عملا بظاهر الحال من ان اختيار الاثنين لعدم الاكتفاء بحفظ احدهما كأن يعضاه في بيت ويضع كل واحد منهما عليه قفلا واما اذا لم يمكن اجتماعهما على حراسته فانه يتفرد احدهما به باذن الآخر كما في مجمع البرهان ودر بما حكى عن بعض انه قال لا يسلم احدهما الا باذن الآخر وليس كذلك، قطعا بل يجب التسليم فور الان المال لهما وليس للاحرالا حفظه باذنها فاذا أخذنا مالهما لا يجوز له حد معهما اللهم الا أن يكون للاشهاد ونحوه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعضه ﴾ لانه لا يجوز لهما أن يقسماه وان كان مما يمكن قسمته من غير ضرر كما في (المبسوط والتحرير والتذكرة) خلافا لجماعة من العامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف ﴾ لانها بمنزلة أمين واحد ولان الواجب عوض واحد وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان لان أحدهما عند الآخر مفرد وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقييط كما لو ترتبت أيدي الغاصبين على العين الواحدة وتمنع كونهما بمنزلة أمين واحد بل كل واحد أمين مستقل على الجميع غاية ما في الباب انه قد شرط عليه انضمام يده الى يد الآخر وحفظه الى حفظه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ﴾ هذا هو الاصح كما في (جامع المقاصد) والاجود كما في (المسالك) لان كلا منهما يجب عليه حفظه أجمع ولهذا لا يصح الاقسام وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك في تضمين من شاء منهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ففي استقراره على أيهما اشكال ﴾ الاشكال مبني على الاحتمال الاخير وهو ضمان كل منهما الجميع على طريق البدل وفي (الايضاح) ان الاصح انه يستقر الضمان على من ضمنه المالك ونحوه ما حكى عن ابن المتوج من انه ان أتلفه أحدهما أو هما بغير الامسالك ضمنه وان تلف بأفة من الله سبحانه (سماوية خل) أو أجنبي ولم يحصل منهما الا الامسالك فالاقوى حينئذ الضمان على من ضمنه المالك وليس له الرجوع على الآخر وقال الشهيد في حواشيه ان المقول استقرار الضمان على من تلف في يده وفي (جامع المقاصد) ان هذا هو المعروف في المذهب في أبواب الغصب وغيرها لانه اذا استوى شخصان في اتبات اليد عدوانا وفي العلم بذلك وانفرد أحدهما بوقوع التلف في يده كان قرار الضمان عليه واستجوده في المسالك وعلى هذا لا يبقى مجال للاشكال ووجه الاشكال على ما ذكره الشهيد والحقق الثاني ينشأ من أن المسلم مضاع يسلمه والتسلم حافظ قد عمل بمتقضى الاستئمان فيكون قرار الضمان على المسلم وضعفه في (جامع المقاصد) بانه لو تم لم يجر الرجوع عليه بشيء أصلا وليس كذلك بل يده يد عدوان لان الاذن لاحدهما في وضع اليد انما هو مع وضع يد الآخر ومن أن يد مثبت اليد المتسلم يد عادية والآخر



(الثالث) ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة ولم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل جاز فان تغيرت حاله أوجب طالب النقل فان اتفقا على غيره والا وضعه الحاكم عند ثقة ولو اختلفا في التغير عمل الحاكم على ما يظهر بعد البحث ولو كان في يد المرتين فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ نقله الحاكم الى ثقة ولو مات العدل نقله الى من يتفقا عليه فان اختلفا نقله الحاكم ولو كان المرتين اثنتين فسات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ (متن)

مفرط تارك للحفظ ومتعد بالتسليم الى الثاني واليد العادية أقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو أولى بالاستقرار مع التعارض فكان الأول أي مثبت اليد كالباشر والثاني أي المسلم كالسبب لان الشارع ساواهما في سببية الضمان مع المباشرة والسببية الائتلاف والاول أقوى فيساوي الاقوى أي مباشر التلف مضافا الى أن الضمان واثبات اليد وجوديان وتارك الحفظ عدمي وسببية الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببية العدمي للضمان والى أن اليد العادية سبب سببية التضمن بالتسليم مع كونها علة تامة في التضمن فكانت أقوى وأولى في التضمن من التسليم هذا ما ذكره في الايضاح في هذا الوجه مع زيادة ايضاح وحاصل ما يعتد به منه ان المسلم مفرط والمتسلم متعدي والمتعدي أقوى (وفيه) أن كلا من التعدي والتفريط سبب مستقل في الضمان ولكل منهما يد على العين فاذا تلفت كان التلف مضمونا على كل منهما والمفروض ان التلف بأقوة سماوية أو من أجني وان المسك لم يباشر التلف بنفسه ولم يحصل منه الا الامساك وهذا الوجه ذكره الشهيد والمحقق بعبارة الايضاح والمراد واحد وقال الشهيد وذكر بعض ثالثا وهو ان كل من ضمنه المالك فقرار الضمان عليه فلا يرجع على الآخر لما عرفت من اشتراكهما في حصول سبب الضمان وقضية ذلك ان الاشكال في كلام المصنف دائر بين تضمين المسلم أو تعيين الضمان عليه أو بين تضمين المسلم كذلك وان لا خيار للمالك وقضية كلام الايضاح ان الاشكال في تضمين المسلم خاصة وفي تحيير المالك لان الوجه الاول الذي ذكرناه في توجيه استقرار الضمان على المسلم لم يذكره في الايضاح وانما ذكر مكانه في وجه عدم استقراره أي الضمان على مثبت اليد على الكل بتسليم الآخر له ما يدل على الوجه الثالث الذي حكاه الشهيد الذي هو غير ما يظهر من العبارة قال في (الايضاح) ان الوديمة لا تستعقب الضمان للمودع لان يد المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فانه أزال تمكنه من الدفع الى المالك والمشتري العالم من الغاصب فانه أثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له ويده مساوية ليده لانها استنابة في الحفظ فضمن تلفها كضمان تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع اليه مع تضمين الدافع ولا بالعكس ولان كل واحد منهما سبب تام في التفريط والضمان من غير التفات الى الآخر فان المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء أثبت الآخر يده منفردة أولا واثبات الآخر يده منفردة سبب تام في التضمن سواء فرض كون الآخر مسلما أولا فلا يرجع أحدهما على الآخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منها  قوله  الثالث ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة مالم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل

الرابع للمدل رده عليهما لاعلى أحدهما الا باتفاق الآخر أو الى من يتفقان عليه (متن)

جاز الى آخر الفرع ﴿ يد المدل يد أمانة وهو مقطوع بالحفظ فلو اتفقا على نقله من يده كان لها ذلك لان الحق لهما وان اختلفا فيه فلا يجوز لأحدهما ولا للحاكم أن ينفرد بنقله واخراجه من يده لانها رضا بأمانته ونيابته عنهما اللهم الا أن يخرج عن العدالة لان الفاسق غير موثوق على ما في يده كما نص على ذلك في المبسوط وغيره وكذا اذا حدث له عداوة مع أحدهما اذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الخيل المترتب عليها ضرر أحدهما وبمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة ما لم يفعل فعلا من مقتضيات العداوة يوجب الفسق فالظاهر ان المراد بالعداوة الدنيوية كما في الحواشي وجامع المقاصد ويتقدح من هذا انه من أول الامر لا ينعقد الشرط مع العداوة ولا يسوغ للحاكم استئذان من كان عدوا لصاحب الاثابة ومن صرح بأنه اذا حدثت عداوة بينه وبين الراهن أو المرتهن أوجب طاب النقل الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدروس وغيرها وكذلك اسأل فيما اذا تغيرت حاله بمرض أو كبر أو نحو ذلك بحيث لا يقدر على حفظه وكل موضع وجب نقله فان اتفق الراهن والمرتهن على من ينقل اليه نقل لان الحق لهما وان اختلفا ودعى كل واحد الى غير الذي يدعو اليه الآخر فان الحاكم يجتهد في ذلك وينقله الى ثقة أمين نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وان اختلفا في التغير فادعى أحدهما انه تغير حاله وأنكر الآخر ذلك نظر الحاكم فان ثبت عنده تغير حاله نقل على النحو المذكور والا اقر في يده كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وكذلك ينقله الحاكم الى ثقة اذا كان في يد المرتهن وتغيرت حاله واختلف المرتهن والراهن فكل يريد نقله الى غير من أراده الآخر وأما مع تراضيهما على عدل فلا مدخل للحاكم وعبرة الكتاب هنا مطلقة وبالحكم المذكور صرح في المبسوط وغيره وكذلك الحال فيما اذا مات العدل الذي في يده الرهن فانهما ان اتفقا على نقله الى يد رجل عدلا كان أم فلا كلام وان اختلفا نقله الحاكم الى ثقة أمين وكذلك ينقله الحاكم الى ثقة ان كان في يد المرتهن ومات وصار الرهن في يد وارثه أو وصية ولم يرض الراهن بكونه في يد أحدهما كما في المبسوط ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالانفراد فأت أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ وعبرة الكتاب مطلقة في المقام قوله ﴿ الرابع للمدل رده عليهما لاعلى أحدهما الا باتفاق الآخر أو الى من يتفقان عليه ﴾ العدل لما كان أمينا متطوعا لا يلزمه المقام على الحفظ فاذا أراد رده رده عليهما كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس والكفاية) فان امتعا أجبرها الحاكم أو قبضه عنهما كما في المبسوط وبعض ما ذكر ولا يجوز له الرد على أحدهما سوا- كان قد امتنع الآخر أم لا فان دفعه الى أحدهما ضمنا كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الباين ويبيى الكلام في تصوير ضمان الراهن اذا كان هو القابض واستظهر في (مجمع البرهان) جواز تسليمه الى الراهن وقال ان الاستصحاب يقتضيه وكونه مالكا واحتمل حمل عبارة الارشاد حيث اقتضت عدم جواز تسليمه الى أحدهما على ما اذا كانا قد شرطا ذلك في الرهن والاستصحاب لا مجال له مع الارتهان وتسليمه الى الراهن تضييع لوثوق المرتهن أو لحقه اذ لا مبيح حينئذ للراهن على دفع الحق وقضية الارتهان أن يكون الرهن في يد المرتهن فلو احتمل هذا احتمل أنه يكون له وجه (واما) أن يسلمه الى من يتفقان

ويجب عليهما قبوله ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير اذن ضمن فان اختلفا عنه سلمه الى الحاكم ولو كان غائبين أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره من غير ضرورة فيضمن ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له ( متن )

عليه ولو كان المتفق عليه أحدهما فوجه ظاهر أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيجب عليهما قبوله ﴾ كما في (التذكرة والتحرير) لانه لا يلزمه المقام على ذلك فان امتنع أجزا أو قبضه الحاكم أو نصب من يقبضه كما أشرنا اليه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير اذن ضمن ﴾ اذا سلمه والحال كذلك الى الحاكم ضمن العدل والحاكم كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) وان سلمه كذلك الى الامين ضمنا أيضا والوجه فيها واضح لانه لا يجوز للعدل أن يدفع الرهن الى غير المتراهنين مع حضورهما وامكان الايصال اليهما ولا يجوز للحاكم أن يقبضه حينئذ لانه انما تثبت له ولاية عليهما اذا امتنع من قبضه وأما الامين الذي قبضه فإنه قبضه بغير حق فلزمه الضمان وكان الاولى للمصنف أن يقول ضمنا ولو قال ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين بأذنه مع وجودهما الى آخره لأغنى عن السطرين الذين في أول الفرع الخامس بل الاستغناء على هذه الحال أيضا ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختلفا عنه سلمه الى الحاكم ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس) وغيرها فينصب أمينا يقبضه منه لهما والمراد أنهما اختلفا عنه عمدا لثلاث سنين منه مع طلبه منهما تسلمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانا غائبين أو أحدهما لم يجز تسليمه الى الحاكم ولا الى غيره من غير ضرورة ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والمسالك وجمع البرهان والكفاية) فيضمن حينئذ كما صرح في بعض هذه ولا يسلمه الى الحاكم والحاضر منهما حتى يكون الحاكم نائبا عن الغائب والحاضر قابضا عن نفسه ولا الى الحاضر فقط كما هو واضح وليس له قسمته واعطاء الحاضر بصفه بخلاف ما لو أودع اثنان ودية عند ثالث وغاب أحدهما وحضر وطالب فان لحاكم يقسم بينه وبين الغائب لانها مال كان وفيما نحن فيه الملك لاحدهما ولا حرق الوثيقة وذلك لا يمكن قسمته فاحتملنا وحينئذ فيجب على العدل الصبر الى أن يحضرا أو يحضر الغائب إذ المفروض حصول العيب اتفاقا فلم يحصل تقصير والمراد بالضرورة العذر العرفي كسفر عزم عليه ونحوه كما صرح به جماعة (وقد يقال) ان الحاكم ولي الغائب كما هو مقرر في أبواب الثقة فلا عدل دفعه اليه مع غيبتهما وان لم يكن له ضرورة كما أن له دفعه الى مالكه كذلك (ويجاب) بأن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا بل هي منوطة بالاحاطة والمصاحبة فتقدر بقدرها والشاهد على ذلك اطباقتهم هنا على عدم جواز تسليمه اليه من غير عذر وفي (المداك) أن من الفوائد المقررة في بابها أن الودعي ليس له دفع الوديعة الى الحاكم مع امكان المالك ولا مع غيبته الا مع الضرورة وما نحن فيه من افراد تلك ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه في الموضعين فليتأمل في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارتداد والدروس وجمع البرهان) وغيرها والحكم لا يرب ولا خلاف فيه هذا فيما اذا كانا غائبين كما هو المفروض وكذلك لو كان أحدهما حاضرا وامتنع والا سلمه اليه والى الحاكم لأنه نائب الغائب لمكان الضرورة كما هو المفروض

فإن سلمه الى الثقة من غير اذن الحاكم ضمن ولو تعذر الحاكم واقترع الى الايداع اودع من ثقة ولا ضمان (الخامس) لو لم يمتنع من القبض فدفعه الى عدل بغير اذنها ضمن ولو اذن له الحاكم ضمن ايضا لا تنفاه ولا يته عن غير المتع ويضمن القابض ايضا ولو امتنع لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم فان امتنع احدهما فدفعه الى الآخر ضمن والفرق ان العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه (السادس) لو امر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك وللراهن فسخ الوكالة الا ان تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله (مثنى)

﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سلمه الى الثقة من غير اذن الحاكم ضمن ﴾ أي مع الحاجة والقدرة على الحاكم كما جزم به في الارشاد وقر به في التذكرة لان الحاكم ولي النائب وقال في (المبسوط) قيل فيه وجهاً أحدهما يضمن والآخر لا يضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر الحاكم واقترع الى الايداع اودع من ثقة ولا ضمان ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وفي (الدروس والمسالك) يودعه من الثقة ويشهد عليه عدلين واحتمل في جمع البرهان دفنه واعلام الثقة بذلك ولو اودعه من غير ثقة ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو لم يمتنع من القبض فدفعه الى عدل بغير اذنها ضمن ولو اذن له الحاكم ضمن ايضا لا تنفاه ولا يته عن غير المتع ويضمن القابض ﴾ ان رجع ضمير ضمن الثانية الى الحاكم فلا بد من تمييزه مع التعمد والافه من خطأ الحكم وان رجع الى الدافع لان تسليمه حينئذ عدوان فحكمه أن له الرجوع على الحاكم ان تعمد لانه اشتهر باذنه وان رجع الى القابض كما هو أحد الاحتمالين في ضمن الاولى أغنى عن قوله وضمن اقاؤا ولو قال فيه امضا فكذلك ووجه ضمان القابض ان يدها دية ولا أثر لعدم علمه باخال لكن مع الجهل يرجع على من غره ولو امتنع لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم تقدم مثله فيما لو غاب وقضيته أنه يضمن الدفع الى العدل اذا امتنع مع تعذر الحاكم وعدم الحاجة وفيه تأمل قال في (التذكرة) ولو امتنع من القبض وليس هناك حاكم فتركه عند ثقة حاز ولم يتعرض للحاجة وعدمها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ان امتنع أحدهما فدفعه الى الآخر ضمن والفرق ان العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه ﴾ ومثل ذلك قال في (التذكرة) ومعناه ان العدل الاجنبي للم يمكنه في العين حق فهو لا يقبض الا لهما لعدم ظهور ما يقتضي خلافه وأما أحدهما فان شأنه أن يقبض اذنه وهذا ظاهر حاله باعتبار ان له في المير حقا فلا يجوز تمكنه حينئذ منها نظرا الى هذا الظاهر وقبضه لهما مرجعه الى قصده وهو أمر خفي فلا يصح أن يقال انه لو قبض لنفسه وللآخر وحب التسليم اليه وذلك كله مع الحاجة وتعذر الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك ﴾ قد تقدم انهما اذا شرطا أن يبيعه العدل عند الحلول صح الشرط وكان ذلك توكيلا في البيع منجزا وليس شرطا في الوكالة وانما الشرط في الاصل كما ص عليه في التذكرة والتحرير وحواشي الكتاب ونبه عليه في المبسوط فاندفع ما أورد من أن لو وكالة شرطها التحيز فلو أمر الراهن العدل بالبيع عند الحلول كان له ذلك كما في (التذكرة) لكن صرح الاصحاب كما في جامع المقاصد أنه لا بد لجوار البيع من اذن المرتهن وسنسمع ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللراهن فسخ الوكالة الا أن تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله ﴾ قد نص على ذلك كله في المقام في (المبسوط والخلاف والدروس)

لأن العدل وكيل للراهن لكن ليس له البيع إلا بأذنه ولو لم يعزله لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد  
اذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجوز حتى يأذن فيه ولا يفترق إلى تجديد اذن الراهن ولو ألتف  
الرهن اجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل (متن)

واقصر في التذكرة والتحرير على نسبة ذلك إلى الشيخ وصرح في (الوسيلة) بالحكم الأول المتعلق  
بالرهن ولم يتعرض للمرتهن وفي (جامع الشرائع) فإن عزله الراهن انزل ويحمل على ما إذا لم يكن  
مشروطا في لازم وقد استوفينا الكلام في ذلك في أواخر الفصل الثالث عند شرح قوله وليس للراهن  
فسخ الوكالة ومعنى قولهم ان ليس للراهن فسخ الوكالة انه ليس له أن يوكل غيره أو يتولاه بنفسه إذ  
من المعلوم ان له أن يفسخ الوكالة ويدفع الحق من غير الرهن وكذلك الحال في المرتهن فعنى قولهم  
أن ليس له عزله انه ليس له ذلك وتولى البيع بنفسه أو غيره وأيس معناه انه ليس له أن يبرئ الراهن  
ويفسخ الوكالة كما هو ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن ليس له البيع إلا بأذنه ﴾ معناه أن للمرتهن عزله  
عن البيع كما عبر عن ذلك بذلك في (التذكرة والتحرير والدروس) فكأنه قال ليس له عزله عن الوكالة  
وله عزله عن البيع لأن البيع إنما يستحق بمطالته فإذا لم يطالب ومنع منه لم يجوز كما ذكر ذلك كله في  
التذكرة وقال في (الدروس) للمرتهن عزله عن البيع لأن البيع لحقه ولهذا يفترق إلى اذنه عند حلول  
الاجل انتهى وبهذا التوجيه يتدفع التكرار والمساحة عن قوله ولو لم يعزله إلى آخره والوجه في عدم  
جواز البيع عند الحلول وعدمه إلا بأذنه ما ذكره من تعلق حقه بالعين فلا يسوغ التصرف فيها على  
وجه يفضي إلى ابطال التوثق ولأن البيع لحقه فيتوقف على اذنه ليعلم انه مطالب أو مهمل أو مبرئ  
وسياقي ما فيه وتظهر الفائدة في أنه وكيل الراهن وأن ليس للمرتهن عزله بل له منعه لحقه فيما لو وكله  
الراهن في البيع ولم يقيده بكونه لآداء دين الرهن ثم حصل الافتكاك فإن الوكالة تبقى ﴿ قوله ﴾  
﴿ ولو لم يعزله لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد اذن المرتهن ﴾ كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع  
والتذكرة والتحرير والدروس) وفي (جامع المقاصد) ذكر ذلك الشيخ وتبعه الجماعة وقد سمعت أنه  
نسبه آنفا إلى صريح الأصحاب والمصريح به من عرفت ولا يخفى أن ما ذكره من التعليل بأن البيع  
لحقه ضعيف فإن الفرض توفية حقه ثم ان كونه لحقه لا يستلزم تجديد الاذن استصحابا لما كان كما في  
الراهن والفرق غير ظاهر قولكم لا بد من مراجعة المرتهن ليعلم انه مطالب أو مهمل أو مبرئ جار مثله  
في الرهن بأن يقال لا بد من مراجعته لانه قد يكون له غرض في بقاء الرهن ويريد قضاء الحق من  
غيره وابقاء الرهن لنفسه (فإن قلت) اذنه السابقة قضت عدم ذلك فلا يحتاج إلى تجديد اذن عملا  
بالاستصحاب (قلنا) ذلك يجري في المرتهن كما أشرنا إليه أولا نعم يمكن الفرق بأنه لو اعتبر اذن الراهن  
لأدى إلى أنه لا يباع الرهن أصلا ان امتنع من الاذن أبدا ولعل هذا هو الاصل في الباب وبما سمعته  
آنفا يظهر لك أن لا تكرر ولا مساحة في قوله ولو لم يعزله إلى آخره وقال في (جامع المقاصد) في اسناد  
النفخي اليهما توسع بين فان المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولم يفترق  
إلى تجديد اذن الراهن ﴾ كما صرح به في (المبسوط والخلاف والتحرير والدروس) واقصر في التذكرة  
على نسبته إلى الشيخ وقد عرفت الوجه فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ألتف الرهن اجنبي فعليه القيمة  
تكون رهنا في يد العدل ﴾ كما صرح به في (المبسوط والجامع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) لأن

وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع (السابع) لو عينا ثمتا لم يجز له التعدي فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن حق ملكية الثمن والمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أولا فان تمدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق (متن)

القيمة بدل العين وقائمة مقامها في الرهن هذا الذي ذكره في الرهن المشروط وضعه على يد عدل والا فقد نص في الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها انه لو أتلّف الرهن متلف أزم قيمته تكون رهنا من دون تهديد بكونه مشروطا وضعه على يد عدل وفي (المسالك) انه لافرق في المتلف بين كونه الراهن أم المرتهن أم الاجنبي وحاصله أن اتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا أو قيمة كان العوض رهنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع ﴾ اما أن له المطالبة بها فلانه أمين في حفظها وذلك حق له وسلطنة وأما انه يمنع من بيعها بالاذن في بيع العين وأنه لا بد من تجديدها فهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد وبمثل ذلك صرح في الشرائع والدروس والمسالك والكفاية في غير المقام قال في (الشرائع) لو أتلّف الرهن متلف أزم قيمته وتكون رهنا ولو أتلّف المرتهن لکن لو كان وكيلًا في الاصل لم يكن وكيلًا في القيمة لان العقد لم يتناولها ومثله قال غير دومي قوله أن المتقدم يتناولها ان الوكالة في البيع انما كانت في العين وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة ولا دليل على تعلّقها بها وهذا وجه القرب في كلام المصنف ووجه العدم أنه يحتمل أن له ذلك كما ثبت له الاستئمان في القيمة كما كان في الاصل فلا فرق بين الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين (وفي) أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الحق من قيمتها فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن والاستئمان محض نفع اذ هو حفظ العين وصيانتها فلا يحتاج الى مزيد احتياط بخلاف الوكالة فانها منوطة بما عينه المالك والاعراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف الاشخاص فر بما استأمنه على متاعه ولا يستأمنه على قيمته و ربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يقين فيه وليس عارفا ببيع غيره والحاصل أن البيع بمعرض حصول الضرر فلا يكتفى فيه بالسبب الضعيف ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو عينا ثمتا لم يجز له التعدي ﴾ عن القدر والجنس كما في (المبسوط) والتذكرة والتحرير) لان الحق لها لاشي للعدل هذا في جانب النقيصة كما أشار اليه في التذكرة ويأتي في الوكالة بلطف الله وبركة آل الله صلوات الله عليهم أجمعين أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل لکن ذلك حيث لا يمنع من الزيادة ولقد تكرر هذا الحكم في كلامه لأنه سيأتي له في التاسع لو عين له قدرا لم يجز بيعه بأقل والأمر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن ملكية الثمن والمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد ﴾ كما في (المبسوط) والتذكرة) وكذا التحرير والدروس لانها قيل فيها بيع بنقد البلد لان الحظ في البيع يكون بنقد البلد ومعنى اختلافهما ان يقول احدهما بجدارهم ويقول الآخر بدنانير وأنها لا بد لها من بيعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وافق الحق او قول احدهما أولا ﴾ اي سواء وافق نقد البلد الدين ام لا وسواء وافق قول احدهما ام لا كما نص عليه في التذكرة والتحرير والدروس وهو قضيته كالكلام المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تمدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق ﴾ يعني اذا تعدد نقد البلد حيث

وان بائنهما عين له الحاكم ولو باعه نسيئة لم يصح الا باذن (الثامن) كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري بالاقبل من الدين والقيمة لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لارهنا فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا رجع المشتري عليه لو ضمن (التاسع) لو عيناه قدرا لم يجز بيعه باقل ولو أطلق باع بشمن المثل (متن)

عنه الحاكم بيع بالاكثر استعمالا وما ذكره المصنف خيرة الدروس وفي (المبسوط والتحرير) ان تعدد فبالا غلب فان تساويا فباوفرهما حظا فان تساوى فبمساوى الحق وفي (التذكرة) فان تعدد باع باعلاهما فان كانا متساويين باع باوفرهما حظا فان تساويا باع بجنس الحق ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان بائنهما عين له الحاكم ﴾ اي ان باين الحق التقدين وفي (المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) انه أن بائنهما يباع بما هو اسهل صرفا الى جنس الحق فان تساويا عين له الحاكم بما يراه صلاحا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باعه نسيئة لم يصح الا بالاذن ﴾ فان اجاز صح والابطل ﴿ قوله ﴾ ﴿ كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع ﴾ كما اذا باع نسيئة او بغير نقد البلد او بما لا يتغابن به والحكم مما لا يرب فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري ﴾ ذكر في (المبسوط والتذكرة والتحرير) في المسئلة أن الراهن يتخير فيما ذكر ولم يتعرض في الثلاثة للمرتهن ولعل ما في الكتاب أولى لانه قد تقدم ان ليس للراهن والمرتهن أن يطلب الرهن من العدل الا مع اتفاقهما وان العدل لو سلم الى أحدهما من دون أذن الآخر كان ضامنا لكن المرتهن لما كان يقبض قيمته لا وفي منها حقه لا على سبيل الارتهان لان الفرض ان البيع لوفاء دينه والغالب فيه ان يكون بعد الممول صح له مطالبة من شاء ولا كذلك الراهن والوجه في ضمان العدل مع انه امين انه غير مأذون في البيع الفاسد لعدم تناول الوكالة له بل انما تتناول العقد الصحيح والتسليم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ بالاقبل ﴾ من الدين والقيمة لانه يقبض الرهن مستوفيا لحقه ﴿ الجار متعلق بالرجوع وقد عرفت الوجه فيما ذكر تما مر وقد حكم بجواز رجوعه على العدل بجميع القيمة اذا كانت مساوية للدين أو أقل اذا اختار الرجوع عليه اي على العدل مع انه يحتمل فيما اذا باع بدون ثمن المثل مما لا يتغابن بمثله تعين الرجوع على العدل بما نقص من (عن خ) ثمن المثل كذلك لان ذلك هو القدر الذي فرط فيه فيرجع على المشتري بالباقي ولعله أنما اختار ذلك لانه اخرجته من يده على وجه لم يجزه فضمن جميع القيمة كما لو اتلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع على من شاء من العدل والمشتري ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن ﴾ لان تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه ويجب ان يقرأ ضمن في الموضعين مشددا مبنيا للمفعول (للمجهول نخل) ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو عيناه قدرا لم يجز بيعه ﴾ قد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أطلق باع بشمن المثل ﴾ أي حالا بنقد البلد كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة)

أو بزيادة خاصة ولو باقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان (العاشر) لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتن لان البيع لأجله ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفه احتمل المساواة لانه أمين فيراً يمينه دون المشتري وتقديم قولهما لانها منكران (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بزيادة خاصة ﴾ خلافا لابي حنيفة فانه جوز أن يبيعه ولو بدرهم واحد للاطلاق (وفيه) انه محمول على المعتاد المتعارف بين الناس وهو هنا مقيد بما قاله اصحابنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل وضمن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لان هذا القدر لا يمكن الاحتراز عنه وهو يقع لاهل الخبرة والبصيرة والمرجع في ذلك الى اهل الخبرة لكن ذلك ان لم يدفع اليه زيادة قبل تمام العقد والا فلا يصح وهل يجري هذا المجرى ما اذا دفعت له في زمن الخيار فالشيخ في المبسوط على انه يجوز له قبول الزيادة وفسخ العقد فان لم يقبل لم يفسخ العقد لانه قد صح وهذه الزيادة مضمونة فلا يفسخ العقد وفي (التحرير) لو كان في مدة الخيار فالوجه عدم الفسخ (قلت) ويحتمل تعيين الفسخ لانه مأمور بالاحتياط وحالة الخيار كحالة العقد وقال المصنف في باب الوكالة في وجوب الفسخ اشكال فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ﴾ كما في الخلاف والتحرير والتذكرة لانه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمانه كسائر الامناء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل المرتن لان البيع لأجله ﴾ أي ويحتمل كونه من ضمان المرتن كما هو خيرة مالك وابي حنيفة واستند مالك الى ان البيع حق للمرتن فهو بايع لحقه فالثمن يكون للمرتن ويبرأ الراهن واما ابو حنيفة فبناء على اصله من ان الرهن مضمون على المرتن والثمن بدله فيكون مضمونا ولم يوافقهم احد منا فيما وجد ويرد على مالك ان حق المرتن انما تعلق باستيفاء الثمن ولا يلزم من كونه وكيله في حفظ الرهن ان يكون وكيله في حفظ الثمن وانه روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن من راهنه ومعناه من ضمان راهنه وانه قال صلى الله عليه واله وسلم الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه يعني ضمانه وقد ثبت الدين في ذمة الراهن ولا دليل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن واصل ابي حنيفة فاسد فمأطنك فيما بناه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف ﴾ ولا يكلف اقامة البينة كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لانا ان كلفناه البينة شق وربما ادى الى ان لا يدخل الناس في الامانات وفي ذلك اضرار كثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفه احتمل المساواة لانه أمين فيراً يمينه دون المشتري ويحتمل تقديم قولها لانها منكران ﴾ اطال المحقق الثاني في بيان المسئلة وتوجيه العبارة ومناقشتها قال اي لو ادعى قبض الثمن من المشتري وتلفه بغير تفريط وان لم يذكر في العبارة لان ما قبله يدل على ارادته وخالفه أي الراهن والمرتن احتمل المساواة للمسئلة السابقة في قبول قوله مع يمينه نظرا الى كونه امينا فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون القبض معلوما اولاً واذا برأ العدل يمينه لما قلناه لم يلزم براءة



المشتري من الدعوى لان يمين العدل انما هي لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى اقراره بالقبض لا لدفع الدعوى عن المشتري ولا يلزم من اقراره بالقبض تحققه لامكان كونه كاذبا فتبقى الدعوى على المشتري بحالها ولان يمين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا تسقط الدعوى عن غيره ويحتمل تقديم قولها اي الراهن والمرتهن لانها منكران وفي هذا الاحتمال مناقشة لان تقديم قولها ان كان بالنسبة الى تضيبن العدل فليس بظاهر لان العدل امين وقوله في التلف مصدق واما قوله بالقبض فان كان مصدقا فلا بحث في تصديقه في التلف يمينه وأن لم يكن مصدقا فلا حاجة الى يمينه للتلف واليمين منحصر في جانبها مع عدم البيئة فيكون الغرم على المشتري هذا بالنسبة الى العدل واما بالنسبة الى المشتري فقد ذكر على تقدير تصديق العدل في ذلك يمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمين فالحال بالنسبة اليه منحصر في عدم قبول قوله يمينه واما المصدق باليمين قولها فلا معنى لهذا الاحتمال ويحتمل ان يكون الاحتمال الاول منزلا على ان تصديق العدل في دعوى القبض والتلف يمينه موجبا لبرائته وبرائة المشتري لاستزامة ذلك بخلاف المشتري لو ادعى ذلك فانه لا يصدق باليمين الا ان هذا مستبعد من وجهين ( الاول ) بعده عن العبارة ( والثاني ) ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق ذلك لان افراد العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه لتدفع الدعوى عن المشتري وربما حصلت التهمة عند الراهن والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض فلا نسفط الدعوى عنه وايضا فان يمين العدل انما هي لحصول التلف لان القبض يكفي فيه اقراره فلا يحتاج الى اليمين لاجله بالنسبة اليه لانه بدون اقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك يمينه والاثان بالحكم احتمالا وبالجملة فالعبارة لا تخلو من شيء انتهى كلامه فقد تضمن كلامه تقدير التلف وانه حصل في يد العدل وظاهر كلامه اولا وصرح به اخيرا حيث قال ان القبض يكفي فيه اقراره الى آخره ولا اقل من الظهور ان القبض مسلم عند الراهن والمرتهن وفي ذلك ما ستعرفه من الفساد والخروج عن الظاهر والشهيد في حواشيه حمل العبارة على ما اذا كان سلمه المبيع قبل قبض الثمن من دون اذنها قال فال عميد الدين هذا هو القصد من كلام المصنف لان الدعوى على المشتري وعلى الوكيل انهي كلامها ولعلها اراد ان العدل لو ادعى ولم يدفع الثمن اليها لانه امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيرها الا مع الطلب او اصرافه عن ذلك كما اذا كانا في بلد اخرى ثم اتفق انهما شاهداه والمشتري في مكان كان الثمن محفوظا في غيره فقالا له نعت وسلمت ولم تقبض الثمن والا لدفعته او ارسلته لينا فذه من المشتري وادفعه لنا فقال قبضته وجعلته في حرز في البيت او المكان اللاني فيحتمل تقديم قولها مع يمينها عملا بالاصل وظاهر الحال وان لم يكن بتلك المكانة من الظهور ولا سيما اذا كانت وكالة العدل يجعل فيجب عليه دفع الثمن اليها ويحتمل تقديم قوله مع يمينه كما لو ادعى التلف مع العلم بالقبض لانه امين فيبرأ من وحوب المحصيل والدفع فقد ظهر في هذا الفرض ان القبض لا يكفي فيه اقراره ولا حاجة الى ثبوت التالف والسبد العميد والشهيد ادري بمراد المصنف لانه منه اخذ وعليه تتلمذ ( تلمذ خ ل ) وأن ابيت الا تدبر التلف وأن القبض يكفي فيه اقراره قلنا انا ندعي ان معنى العبارة ان العدل لو ادعى قبض الثمن وابقائه عنده امانة لأنه وكيل في حفظه وقد اعتقد أن ابقائه عنده أحفظ حتى تلف وأنكر الراهن والمرتهن ذلك وقال لم تقبضه فيحتمل تقديم قولها عملا بالاصـ

(الحادي عشر) لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل (متن)

والظاهر كما هو ظاهر ويحتمل تقديم قوله لانه أمين كما لو تحقق قبضه وادعى التلف في يده فيراً بيمينه وتبقى الدعوى على المشتري بحالها فيقدم قولها على قوله ولا يلزم من براءة العدل براءته على هذا الفرض لكنه لا معنى حينئذ لاختلافه على عدم القبض الا ليطالب لها المشتري حيث لا يعلم انه لها وعلى ما فهمه المحقق المذكور من أن العدل ادعى التلف في يده فربما يتجه القول ببراءة المشتري أيضا بل ربما يقال انه لا يتجه لها عليه دعوى اذ ظاهره أنه فهم انهما اما خالفا في دعوى التلف أي أنكرا التلّف مصدقين بالقبض كما أشرنا اليه آتيا فلا مجال لاحتمال توجه دعواهما على المشتري اذ لأهل ولا ظاهر بوثيق دعواهما كما كان في فرضنا وفي (الايضاح) أن احتمال المساواة هو الحق وتقل في الحواشي المنسوبة الى الشهيد عن المصنف أنه قال عدم قبول قول الوكيل مطلقا لا بلينة والاصحاب قالوا كذلك ان كان يجمل والاقبل والاقرب تقديم قولها انتهى قوله ﴿ لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا على العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل ﴾ اذا خرج لرهن مستحقا بعد دفع المشتري الثمن فاما أن يكون الثمن باقيا في يد العدل أو تالما أو يد الراهن والمرتهن كذلك (١) وعلى الحالات الست اما أن يكون علم بوكالته حالة المتمد أو حالة القبض أو حالة التلف أو الرجوع أو لم يعلم أصلا فالصور عديدة (والضابط) انه اذا كان عين ماله باقيا رجع على من هو في يده عدلا كان أو غيره علم بالوكالة أو لم يعلم فاطلاق المصنف يكون العهدة على الراهن غير جيد لا أن تقول ان العهدة في مورد التلف ولا يدفعه معنى العهدة (قال) الشهيد في باب الصان في حواشي الكتاب العهدة اسم لا ونقه ثم نقل الى الثمن انتهى ولكن العبارة تتمم حينئذ على تطويل وتكرار بلا فائدة كما ستعرف والمسألة في المبسوط والخلاف والتدكرة مفروضة في صورة التلف وفي (التحرير) وغيره ليس الا الاطلاق وأما اذا تلف في يد العدل فان علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف فالعهدة على الراهن كما هو ظاهر اطلاق لمصنف وتفيد العبارة بحالة العقد كما صنع المحقق الثاني لعله لم يصب محزه وكذلك لحل ما اذا تلف في يد الراهن ويأتي بيان الحال او تلف في يد المرتهن وان لم يعلم أصلا كان له الرجوع على العدل بقيت عين الثمن أو تلفت وأما قواه فان علم فقد ضبطه المحقق المذكور بالبناء للمجهول ولعنى فان علم الاستحقاق واستند في ذلك الى توهم احتمال عود الضمير الى المشتري فيفسد المعنى لأن العلم المؤثر من مشتري يكون العدل وكلاهما هو حالة البيع لا بعده وأنت خبر بأنه لا حاجة الى ذلك بل هو البناء للعامل على الاصل فيكون التقدير فان علم المشتري بالاستحقاق واما احتمال عوده أي الضمير الى المشتري وان المفعول هو قوله بوكالته حتى يصير التقدير وان علم المشتري بوكالته بعد التلف كما تحي عنه المحقق المذكور فمدفوع بقوله فبدا ان عام المشتري بوكالته من غير تقييد

(١) أي تالما أو باقيا (منه قدس سره)

ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق (متن)

بحالة العقد وغيرها والمحقق المشار اليه لما قيده بحالة العقد التزم بما التزم على أن قوله ان العلم المؤثر من المشتري الى آخره غير سديد لما عرفت وستعرف من أنه لافرق بين علمه حال البيع وغيرها ثم ان قول المصنف فان علم الى قوله ولو علم سواء قلنا ان الضمير المضاف اليه في يده راجع الى الرهن أو العدل مستغنى عنه بقونه فالعهد على الراهن لان معناه سواء تلف في يده أو في يد العدل اذ المفروض انه تلف كما تقدم وان قلت أراد الايضاح (قلنا) كان له أن يقول فالعهد على الراهن سواء تلف الثمن في يده أو يد العدل ان علم بوكالته ويستغنى عن ذلك كله مع كمال الايضاح والأمر سهل لانه في عبارة (وكيف كان) والذي صرح فيه بأن العهد على الراهن لا العدل فيما اذا خرج لرهن مستحقا ان علم المشتري بوكالة العدل المسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ونحو ذلك ما في جامع الشرائع والدروس والمسالك وفي (الدروس) الأأن يعلم العدل بالاستحقاق وهو في محله وفي الثلاثة الاول وكذا كل وكيل اع مال غيره قال في (المبسوط) بان المشتري يرجع على الموكل ولا يرجع على الوكيل وليس عليه ضمان والمخالف الشيخ في الخلاف فانه قال يرجع على الوكيل والوكيل يرجع على الموكل الراهن وبه قال أبو حنيفة وجماعة منهم فرضوا ذلك في صورة تلف الثمن وآخرون أطلقوا وظاهرهم بقاؤه كما عرفته آفا والوجه فيما ذكر في المبسوط وغيره انه لم يبايعه الا على انه نائب عن الغير فكان العقد في الحقيقة عن الرهن وقباض الثمن له والعدل ليس له في القبض اعتبار ولا يرد أن تصميمه فيما لو ظهر البيع فاسدا وتلف المبيع في يد المشتري يقتضي التضمن هنا لاننا نقول انه هناك متعد بالتسليم اذ ليس مأذونا فيه ويست يده يد نيابة عن الغير وهنا لا عدوان منه لان يده يد نيابة وتسله باذن المشتري لما لك المبيع (البيع حل) وان كان المشتري ايا سلم الثمن ظنا منه أن البيع صحيح لأن هذا الظن لا يخل بكون التسليم بالاذن في الجملة ولا بكون التسليم انما هو للراهن في الحقيقة والوكيل وسيط فهو بمنزلة الماقدلو فقد الثمن وسله الى البائع ومما صرح فيه بأنه يرجع على المرتهن او علم لمشتري بالاستحقاق عند دفع الثمن الى المرتهن الشرائع والتحرير والارتداد وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان به قصص مالا يستحقه لكونه باقيا على ملك المشتري لفساد البيع وأما عدم الرجوع على العدل فقد طر وجهه فيما سبق ولبس رجوع المشتري على المرتهن مقصورا عليه بالنسبة الى الراهن بل له الرجوع على الراهن أيضا سواء تلف الثمن في يد المرتهن أم لا فانصر السنة الى العدل كما صرح به المصنف هما وأشار اليه في التذكرة حيث قال ان للمشتري أن يرجع على الراهن قوله ﴿ ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق ﴾ قد صرح برجوعه على الراهن دون المرتهن في (الشرائع والتحرير والتذكرة والارتداد والمسالك وجمع البرهان) وكذلك الحال في ارتش الهص لولم يمسح كما في الاحير والفرق بين العيب والاستحقاق أن العيب لا يبطل البيع وانما يبطل بفسح المشتري من حين الفسخ وهو مسبوق قبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد أخذه من دينه أم أبقاه وثيقة بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لأنه وقت نقل الثمن الى الراهن فلا يبطله الفسخ الطاريء من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فانه يبطل البيع من أصله فلا يدخل الثمن في ملك البائع ولا يصح قبض المرتهن له

ولو لم يعلم المشتري بوكالة المدل حالة البيع فله الرجوع على المدل ويرجع المدل على الراهن ان اعترف بالعيب أو قامت به بينة فان أنكر فالتقول قول المدل مع يمينه فان نكل فحلف المشتري رجع على المدل ولا يرجع المدل على الراهن لاعترافه بالظلم (متن)

﴿ قوله ﴾ ولو لم يعلم المشتري بوكالة المدل حالة البيع فله الرجوع على المدل فيرجع المدل على الراهن ان اعترف بالعيب ﴿ كما في (التذكرة والتحرير) لكنه في التحرير لم يقيد عدم العلم بحالة البيع كالكتاب والتذكرة وليس هو في الحقيقة قيدا بل جريا على الغالب كما عرفت آنفا والا لما تركه في الكتابين فيما سبق أعني فرض العلم ولقد ترك هذا القيد في التحرير في الموضعين أي عند فرض العلم وعدمه ولو كان قيدا لاقتضى أنه لو لم يعلم حالة البيع لكن علم حالة الاقباض للثمن بكونه وكبلا استحق الرجوع عليه وفيه نظر ظاهر لان الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضمونا بل للموكل وهو الراهن فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطا وهذا هو الذي أنشأنا اليه آنفا في الرد على المحقق الثاني وقلنا هناك ان التقييد غير سديد وفي (جامع المقاصد) انه في التذكرة أطلق ولم يقيد بحالة البيع قال فان كان المدل قد علم (أعلم خ ل) أنه وكيل الراهن فان المهدة على الراهن وفي هذا الاطلاق أيضا شيء انتهى ما في جامع المقاصد وأنت قد عرفت أنه في التذكرة فرض المسئلة المشار اليها في صورة تلف الثمن فعلى هذا ايسر في هذا الاطلاق شيء أصلا ثم ان هذا الاطلاق انما كان فيما سلف وهو صورة فرض العلم فذكره في هذا المقام كما لم يصادف محره والنافع له بيان حال كلام التذكرة في هذا المقام وأنت قد عرفت أنه قيد فيها في المقام قول في (التذكرة) وان كان المدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ثم ان ظاهر الكتاب والتحرير والتذكرة أو صريحها ان هذا من أقسام مسألة العيب لارتباط تمام كلامه بالعيب واختصاصه به كما هو ظاهر لكل ناظر فلا رطله بمسئلة الاستحقاق حتى قيد اطلاقه اولا بحالة البيع لمكان ذكره هنا وعلى تفدير عوده الى الاول ومخالفة الظاهر أو لى كل مر المسئلتين لان كان الحكم فيما في ذلك واحدا فقد عرفت أن القيد جار على الغالب والصير في اعتراف رجع الى المدل في عبارة الكتاب والتذكرة ليكون قوله فيها فان أسكر فيما يأتي معادلاله ويحتمل أن يعود الى الراهن كما هو متعين في عبارة التحرير لانه قال ورجع هو على الراهن ان قرولو أسكر فان لم يكن مع المدل بينة حلف الراهن انتهى ويكون قول المصنف سنه فان أنكر منفصلا عن هذا (اذا تقرر ذلك) فعد الى الحكم والوجه فيه انه عدم علم المشتري بوكالة المدل يقتضي كون المعاوضة باعتداده حارة بينهما وان الثمن المدعوع اليه بما ذكره في شرائه مضمونا عليه بمتضى ذلك لاعتماد وكذا كل وكيل اع مال غيره ولم يعلم المشتري ويحيى في شرائه لغيره مثل ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ او قامت به بينة ﴾ هذا ذكره في التذكرة وأهمله في التحرير وكان الاولى ذكره ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أسكر فالتقول قول المدل مع يمينه فان نكل فحلف المشتري رجع على المدل ولا يرجع المدل على الراهن لاعترافه بالظلم ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة والظاهر أن الصير في أنكر راجع الى المدل كما عرفت آنفا ولا يجوز عوده الى الراهن فانه لا يلى ليكون القول قول المدل يمينه حينئذ وليس صحيحا والمعنى على الاول فان أنكر المدل العيب الذي ادعاه المشتري والحال انه

(الثاني عشر) لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب (متن)

لم يعلم بوكالته ولم يتم به بينة فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر فان نكل العدل عن اليمين وقد أنكر العيب فخلف المشتري برد اليمين عليه رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لانه أنكر العيب وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري وكونه ظلما فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظلما ومن ثم لا تسمع دعواه ولا بينته ولو أظهر نأويا كأن قال أنكرت جريا على الظاهر من أن الاصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الاثبات وقد سبق مثله في بيع المنصوب في أول كتاب التجارة ويبقى الكلام فيما اذا اعترف العدل بالعيب وأنكر الراهن والظاهر تقديم قول الراهن مع يمينه كما جزم به في التحرير كما سمعته آنفا

قوله ﴿ لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب ﴾ ذكر العبد في فرص المسئلة على طريق التمثيل اذ لا خصه صفة للعبد واذا تام الرهن في يد المشتري ثم ظهر مستحقا فلا يخلو اما أن يكون قبل أداء الثمن أو بعده وعليهما فاما أن يكون المشتري عالما أو جاهلا فان ظهر بعد الاداء مع علم المشتري استقر الضمان عليه للمالك مساواته لغيره في العلم وانفراده بالتلف في يده ومنه يظهر حال المسئلة الثانية اذ لا فرق في صورة العلم في استقرار الضمان على المشتري بين ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن أو بعده بالنسبة الى المالك أو المشتري فلهذا ( اذ خ ل ) لا وجه يعتمد له للتعميد به وهل له الرجوع بالثمن على من دفعه اليه احتمالات وأقوال الرجوع وعده والتصويل بالبقاء وعده كما بينا ذلك كله في أو ثل باب البيع وان كان جاهلا وقد أدى فانه يرجع بالثمن وبزيادة القيمة عنه على الاقوى لدخوله على أن يكون له مجانا اما ما قابل الثمن من التهمة فلا يرجع به وربما قيل انه لا يرجع الزائد لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه كما هو شأن البيع الصحيح والمعتمد وهو محل نظر هذا اذا كانت الزيادة على الثمن موحودة حالة البيع كما تقدم وان ذلك كله في باب المكاسب ويستقر الضمان أي ضمان ما زاد عن القيمة على الغاصب على الافة في هذا من كون الظهور قبل الاداء وبعده بالنسبة الى المالك والمشتري والغاصب فلا لا يبيد في هذه الصورة أيضا هذا بناء على ما اقتضته قواعدهم ونطق به صريح كلامهم في مقامات آخر وظاهر كلام المصنف في المقام وصريح ( جامع المقاصد ) ان الغاصب يضمّن الثمن وما زاد عن القيمة وما قابل الثمن من القيمة فيكون معنى العبارة انه يستقر الضمان حينئذ أي حين جهل المشتري على الغاصب اذا كان العدل والمرتهن القابض جاهلين أيضا لان المشتري مفرور ولا فرق في الغاصب بين الراهن والاجنبي اذا كان الراهن جاهلا وان كان عالما تخير المالك بين تضمينه وتضمين الغاصب الاجنبي كما لو كان الكل عالين ماعدى المشتري ( والحاصل ) انه يتعين الضمان على العالم المفر واحدا كان أو متعددا لان المراد سبب الاتلاف فكان المفر كالتلف فان استند التغيير الى الكل فأيها ضمنه المالك ضمن ولا يرجع على الآخر (ومنه) مالو باعه واحدوسلمه الآخر وان استند التغيير الى واحد ضمن هو خاصة فعلى هذا يتعين الضمان على العدل لانه هو البائع فكان هو المفر هذا ان

(الثالث عشر) لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه  
وكيله على اشكال ولا يقبل قوله في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله  
في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين (متن)

جعلنا العلة هي التعرير كالباع أو التسليم وان أنطنا الحكم بمجرد العلم بخير المالك في تضمين من شاء  
من علم سواء كان هو البائع أو غيره ولا يرجع على غيره فليلاحظ ذلك هذا كله في استقرار الضمان على  
ما يظهر من العبارة وهل للمالك الرجوع على احوال من هو لاء مع علمه بجهله أو يتعين عليه الرجوع على  
العالم منهم أو العاصب ظاهر المصنف هنا وغيره في غير موضع الاول وهو كذلك بل هو صريح الدروس  
وغيره في باب التجارة وما ذكر يعلم حال الصورة الرابعة وهو ما اذا كان ظهور الاستحقاق قبل أداء  
الثمن اد لافرق في ذلك بالنسبة الى المالك فانه مخير في الرجوع على من شاء ويستقر الضمان على  
المشتري لانفراده بالتلف في يده فاذا رجع عليه لا يرجع هو على أحد الا بزيادة القيمة على الاقوى  
واذا رجع على أحدهم رجع هو على المشتري بالثمن لا بما زاد وقد عرفت ان ظاهر كلام المصنف خلاف  
ذلك وتفتيح المسئلة بما لا مزيد عليه في باب المكاسب عند شرح قوله ولو وجد عنده سرقة ضمنها  
واعتر المصنف في المرتهن أن يكون قابضا لانه اذا لم يفض لم يكن له يد على المقصوب وليس من  
لوازم الرهن قبضه اما بناء على كون القبض ليس شرطا فظاهر وأما على الآخر فلا مكان التوكيل فيه  
- قوله - ﴿لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على  
اشكال﴾ القبول أصح كما في الايضاح وأقوى كما في الحواشي وفي (جامع المقاصد) ان الوكيل  
اذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه اذا لم تكن الوكالة بجعل فعلى هذا تكون الفتوى هناك (دخول)  
كذلك انتهى ومنشأ الاشكال تعارض الاصل والظاهر اذا الاصل العدم وانه أمين وظاهر حاله أداء  
الامانة على انه لولا ذلك لادى الى عدم قبول الوكالة فيفضي الى الضرر وتام الكلام وتخبره في  
باب الضمان وفي (لايضاح) ان الاشكال هنا في مسئلتي أحدهما ان الوكيل في الدفع اد دعه  
من غير اشهاد هل يكون ضاماً أم لا وفي دلالة العبارة على ما ذكر نظرهم يستفاد من كلام المصنف  
الآتي ثبوت اشكال في المسئلة وان لم تفده هذه العبارة على انه لا يدخل لذلك في أن القول قوله أو  
قول الراهن لان هذا هل يعد تفریطاً أم لا سواء كان القول قوله أم قول لراهن نعم قد يتصور ان اعتبار  
وهو على تقدير عده تفریطاً لانكون دعواه الاداء تامة الا اذا قال وأشهدت في وقت الاداء أو نحو ذلك  
لانه مادام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسئلة للطالبة والرجوع فلا تذكر  
مسموعة ومع هذا فلا ربط لها بهذا ولا استعمار لها به بوجه من الوجوه كما به على ذلك في جامع  
مقاصد - قوله - ﴿ولا يقبل في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غير  
هذا أقوى لانتفاء الوكالة في الاداء من طرفه قطعاً كما في جامع المقاصد وفي (المبسوط) وتحرير  
والتدكرة) القول قول المرتهن مع يمينه وعلى الدافع البينة كغيره من الدعاوي وعن أبي حنيفة أن القول قول  
العدل بيمينه لانه بمنزلة التلف في يده لانه أمين يقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يبطل  
ايجاب الضمان على غيره (وفيه) ما أشار اليه المصنف من أنه وكيل للمرتهن في الحفظ خاصة فلا يبطل قوله  
فيما ليس بوكيل فيه من جهته كما لو وكل رجلا في قضاء دينه فادعى انه سلمه الى صاحب الدين وأنكر

ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فان رجح على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجح على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بمحضته أو بيينة غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء والا رجح على اشكال منشؤه التفريط وكونه أمينا له اليمين عليه ان كذبه (متن)

ذلك فان القول قول صاحب الدين يمينه وحال المرتهن لا ينقص عن ذلك ونعم انه كالتلف لان قوله اذا لم يقل على المرتهن وحب أن يسقط قوله ولا يكون بمنزلة الاتلاف لانه لم يدع التلف قوله -  
 ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره - هذا اشارة الى ما حكيناه من مذهب أبي حنيفة وفي (الايضاح) انه الاصح قوله - فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه - أي فعلى هذا الاحتمال الثاني ينتفي الضمان عنه بالنسبة الى الراهن والمرتهن معا لقبول قوله في حقهما ولا يثبت على المرتهن انه قبضه لان اليمين انبي لا يقتضي ثبوت شيء والاصل بقاء حقه فيرجع على لراهن وله أي الراهن احلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض - قوله - وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء - من العدل والراهن كما في (المبسوط) واتدكرة (التحرير) لاصل عدم الاداء وله حق متعلق بيمين ثمن الرهن فلا يسقط فاذا رجح على العدل رجح أهل الامرين من القيمة والدين ولا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن لان الدعوى لهما وهل يغني تحليف أحدهما عن تحليف الآخر احتمالان من أن الدعوى واحدة ومن أن لكل واحد منهما حقا واستظهر في (جامع المقاصد) انه لو أحلهما قبل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر فله الدعوى والاحلاف - قوله - فان رجح على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم فان رجح على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بمحضته ان كانت بينته غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء - أما الحكم الاول فظاهر وأما الثاني فلانه مع الدفع بمحضته يكون التقصير ترك الاشهاد مستندا الى الراهن وأما مع لدفع بالبينه فلانه قد حافظ على طريق الاحتياط وانما فرض البينة غائبة أو ميتة ليم له انكار المرتهن وعدم امكان اثباته عليه - قوله - والا رجح على اشكال منشؤه التفريط - اختيار الرجوع في (المبسوط) والتذكرة والتحرير والايضاح) ولا يخلو من قوة كما في جامع المقاصد لان العدل مفرط في ترك الاشهاد كما في المبسوط لانه وكاه في دفع يروءه من الثمن وقد دفع دفعا لا يبرؤه كما في التذكرة ونحوه مافي الايضاح وليس بعيد أن يقال ان الوكيل يجب عليه رعاية العبطة والمصلحة بالنسبة الى الموكل والاخذ بما يكون سليمان عن التصبيع ولهذا لا يجوز له البيع نسيئة ولا التسليم قبل التسلم ولا ريب ان الدفع بغير اشهاد معرض للانكار وموت اقباض وعدم علم الوارث بالقبض فعد ذلك تفريطا موجبا للضمان لا يخلوا من قوة وتسام الكلام في في المسئلة في باب الودية والوكالة فانا قد أسبقنا الكلام في البابين محررا - قوله - وكونه أمينا له واليمين عليه ان كذبه - ظاهره انه وجه عدم استحقاق الرجوع وهو الشق الثاني من الاشكال (وفيه) ان كونه أمينا وكون الامين انما عليه اليمين اذا كذبه مستأمنه في الاداء انما يكون مع عدم تقصيره

(الرابع عشر) لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه ﴿ الفصل السادس ﴾ في الواحق لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله (متن)

وتفريطه فاذا قصر وفرط يضمن وان حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى وبني الاشكال في الايضاح على انه هل يكون مفرطا لكونه وكيلًا في الابرأ ظاهرا وباطنا أو لا يكون مفرطا لانه وكل في الابرأ وقد فعل وفي (جامع المقاصد) ان في استلام ذلك من الوكيل تأملا وان منشأ الاشكال من التردد في كونه مفرطا بترك الاشهاد وعدمه ﴿ قوله ﴾ لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه ﴿ لانه قد رده الى وكيله كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) وكذلك الحال فيما لو قبضه المرتهن لامنوان الغصب (كما في التذكرة خ) فانه يجب عليه رده لان الرهن لم يرض بتسليمه له فاذا رده الى العدل زال عنه الضمان كما في التذكرة ولا كذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فعدى فيه ثم زال التعدي أو سافر به ثم رده فانه لم يزل عنه الضمان لان استئمانه قد بطل بذلك فلم يعتد بفعله ولا تعود الامانة الا بأن يرجعه الى صاحبه ثم يردده اليه أو الى وكيله أو يراه من ضمانه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير ﴿ الفصل السادس في الواحق ﴾ ﴿ قوله ﴾ ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله ﴿ كما في (السرائر والشرع والتحرير والميسية وجامع المقاصد) حتى يعلم بعينه كما في الاولين وحتى تقوم البينة كما في الثالث وفي (اسالك) ان المحقق وغيره ذكروا هذه المسئلة حازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة أو متحدة انتهى ومعنى هذه العبارة أن الوارث مثلا اذا كان عاجلا جاهلا أن في التركة رهنا بحسب نواقع فانتركة الميت المرتهن من الاعيان فالظاهر انه ماله فيكون ماله ولا يجب عليه الاجتباب والمحصص تيام احتمال أن في التركة رهنا وان كان بعضها في نفس الامر رهنا كما اذا كان بعضها حراما ولا يعلمه الوارث ولا يدري به لأن المكف به هو العمل بالظاهر فقد حاولوا بقولهم كان كسبيل ماله أفادة هذا المعنى إلا انه ليس مالا له في الواقع واما هو ماله ظاهرا وليس مرادهم أن الرهن اذا لم يعلم عينه في التركة ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله قطعاً كما في المسالك لأن اشتباه العين بغيرها لا يصيرها ملكا للغير كما لو اشتبهت الوديعة بدار في التلخص حينئذ الصلح وليس مرادهم أيضا انه اذا علم أن في يد الميت قبل موته رهنا ولم يوجد في التركة فاحتمل الحال نله بغير تفريط وبقاؤه عنده ولم يعلم بعينه وتصرفه فيه على وجه يكون مضمونا كما فهمه صاحب المسالك من هذه العبارات فأتشكل عليه جزمهم هنا مع أنهم ذكر و نظير المسئلة في باب الوديعة وباب القراض واستشكلوا حكمها مع أن الكل من واد واحد وبعه على ذلك صاحب الحدائق فأخذ يتمحج غير متأمل ولا متبنت وبمآذ كراه من معنى كلامهم يظهر الفرق ويرتفع الاشكال (قال) المصنف في باب الوديعة ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي ولدين سواء على اشكال هذا ان أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت ان مات وعنده وديعة أم لو كانت عنده في حيوته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال والاشكال الاول في كيفية الضمان وتقديم المودع على اللدين والثاني في أصله ونحوه ما في الشرائع ولارشاد وغيرهما ل في شرح الارتداد لفخر الاسلام نسبة الضمان في الوديعة الى نص الاححاب (وقال) المحقق في باب المصاربة اذا مات العامل وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم



ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فان كان وكيلًا فالاقرب جواز بيعه من نفسه بمن المثل وحق  
المرتهن اقدم من حق الحي والميت (متن)

بعينه كان احق به وان جهل كاتوا فيه سواء وان جهل كونه مضاربة قضي به ميراثًا وقال المصنف ولو  
مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار تابتًا (باقيا خ ل) في ذمته وصار صاحبها أسوة الغرماء على  
استكمال فالموضوع في المقام غير الموضوع في البابين اذ فيهما تعارض أصلان أصل البراءة وأصل بقاء  
الوديعة ومال المضاربة وكذلك الحال فيما اذا علم انه كان في يده رهن ولم يوجد في التركة واحتمل  
تلفه بغير تفریط وتصرفه فيه وبقاؤه غير معلوم العين وهذا غير مانحن فيه لكن أصل بقاء المال في هذه  
المسئلة لا يعارض أصل البراءة لان المال بيد العامل والمستودع والمرتهن غير مضمون بل هو  
أمانة يمكن تلفه بغير تفریط فلا يكون مضمونًا وقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى  
لا بد من تخصيصه بالامانات ولم يعلم هنا ما يزيل الامانة والاصل عدمه فيبقى أصل البراءة سالما عن  
المعارض مضافا الى ظاهر حل المسلم من أنه لا يبخل بواجب من رده أو الايضاء به هذا مقتضى النظر  
لكن قال في (التذكرة) في باب الوديعة أن فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية على الضمان وقد عرفت  
أن ولده نسه الى نص الاصحاب وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لكننا لم نتحقق هذه الشهرة كما  
ستعرفه في باب الوديعة واعلم استندوا الى ظاهر الخبر وانه قصر في ترك الرد والايضاء والتعيين  
فليتأمل هذا وقد روى المتابع الثلاثة عن صفوان عن عمر بن رباح القلا قال سئلت أبا الحسن عليه  
السلام عن رجل هلك أخوه وترك صندوقا فيه رهون بعضها عليها أسماء أصحابها وبكم هو رهن  
وبعضها لا يدري لمن هو ولا بكم هو رهن فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه فقال هو كماله وقد  
نعمل بهذا الخبر وننزل عليه عبارة السرائر وما ذكر بعدها وينزق بين الرهن وغيره بالخبر وبالاعتبار  
لتعلق حق المرتهن به ﴿ قوله ﴾ ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فان كان وكيلًا فالاقرب جواز بيعه  
من نفسه بمن المثل ﴿ على الأشهر من غير كراهية كما في المختلف وبه صرح المصنف والشهيدان  
في التذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة وغيرهم لان الغرض ببيع بمن المثل وهو حاصل  
وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها بل في اللمعة يجوز للمرتهن ابتياعه من دون قيد وفي  
(جامع المقاصد) الاصح به انما يجوز بالادن أو وجود قرينة تدل عليه ونقل في (المختلف) عن أبي علي أنه  
قال لو وكل المرتهن في بيعه لم أختر له بيع ذلك وخاصة ان كان الرهن مما يحتاج الى استيفاء أو وزن  
أو أراد المرتهن شراء أو بيعه لولده أو شريكه أو ما يجري مجراها انتهى وهذا جار في كل وكالة وقد  
أسبغنا الكلام في ذلك في أوائل باب السع ﴿ قوله ﴾ وحق المرتهن اقدم من حق الحي ﴿ أي  
ان حصر عليه كما قيد بذلك الشهيدان والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي ووجه واضح وأما الدليل  
على الحكم فالاجماع المحصل والظاهر من المسالك وكذا مجمع البرهان حيث قال الظاهر انه اجماع وفي  
(الرياض) نفي الخلاف عنه وان ذلك من خصائص الرهن وفوائده لان فائدة الرهن شرعا ولغة وعرفا  
اختصاص المرتهن بالاستيفاء ومقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء ﴿ قوله ﴾ والميت ﴿ كما  
في المقنعة والنهاية والسرائر وجامع الشرع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والتبصرة  
والارشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة والتبسيط والمهذب البارع والمقتصر وغاية المرام وجامع المقاصد

فان قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء والرهن امانة في يده لا يضمن (متن)

وايضاح النافع والميسية والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (مجمع البرهان) أنه لا يخلو من قوة وهو الأشهر كما في الشرائع والمشهور كما في المهذب والبارع والمقتصر وغية المرام ومجمع البرهان والكفاية وفي (الرياض) انه المشهور من غير خلاف يعرف وان اشعرت كثير من العبارات بوقوعه لكن لم يصرح أحد منهم بقائله الا أن بعض متأخري المتأخرين عزاه الى الصدوق في الفقيه انتهى وفي (السرائر) الاجماع عليه وان الرواية بخلافه شاذة وفي (الدروس وايضاح النافع) لرواية مهجورة وهذا في معنى الاجماع وفي (مجمع الرهان) قد لا يذكر الخلاف وفي (الهدائق) لم أقف على مخالف وتقل حكاية اجماع السرائر صاحب كشف الرموز ساكتا عليه وفي (المهذب البارع والمقتصر) أن الرواية ضعيفة وقد يظهر من الميسية والمسالك ان هناك خلافا وفي (الكفاية والمفاتيح) المسئلة محل خلاف وقال فخر الاسلام ان تخلف ابن بابويه فانه روى رواية أن الرهن يكون بين أصحاب الديون على السوية وقد مال اليها المولى الارديلي والخراساني للخبرين الضعيفين التاذين المهجورين مع رأي العين (أحدهما) مارواه الصدوق والشيخ في الفقيه والتهذيب عن محمد بن حسان عن أبي عمر الأرمي عن عبد الله بن الحكم الضميف المرتفع القول سئل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه الدين تقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فسات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص (وان كان) مارويه أيضا في الكتابين عن العبيدي عن المروزي وهو سليمان بن حفص قال كتبت الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئا الا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو وسائر الديان فيه شركا فكتب عليه السلام جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص والعبيدي مختلف في توثيقه ولم ينص علماء الرجال على سليمان بمدح ولا قدح بل لم يذكره على أن هذه مكاتبه وقد تولان بتأويلات بعيدة لا بأس بها جمعا بين الأدلة وان كنا أمرنا بطرح أمثالها لمخالفتها لما عرفته من الفائدة المتفق عليها فيما بينهم فتوى ورواية مضاهيا الى الاجماع وسبق حق المرتهن واصالة ثقائه وثبوت سلطانه **قوله** ﴿فان قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء﴾ كما نص عليه جماعة ووجهه واضح **قوله** ﴿والرهن امانة في يده لا يضمن﴾ كما في المقنع والمقعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرايع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وكشف الحق ودروس واللمعة وسائر متأخري وفي (الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح) الاجماع عليه وهو ظاهر كتف الحق ومجمع البرهان والكفاية وفي (المسالك) أن ماروي مخالفا متروك وهو في معنى لاجماع وفي (الدروس) أنه أمانة لا يضمن الا بتمدد او تفریط على الأشهر ونقل فيه الشيخ الاجماع هنا وما روي من التفاضل بين قيمته وبين الدين محمول على التفریط انتهى ومن العجيب قوله انه أشهر مع أنا لم تقف على مخالف أصلا كما اعترف بذلك جماعة والمخالف أبو حنيفة كما في الخلاف قال قال انه مضمون وشریح والنخعي والحسن البصري كما في التذكرة قال قالوا ان الرهن يضمن بجميع قيمته وحكى عن ذلك انه ان كان تلفه بأمر ظاهر فمن ضمان الراهن وان ادعى تلفه بأمر خفي ضمن أي المرتهن وعن روي وأصحاب الرأي انه يضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين والغرض من ذكر مذاهب

أهل الخلاف امكان تنزيل الاخبار المخالفة عليها وبين حال مافي الحدائق (لنا) الاصل وأنه شرع وثيقة للدين فهلاك محله لا يسقطه كوت الكفيل وانه بمنزلة الودعي والاجماع المعلوم والمنقول والاخبار المستفيضة وفيها الصحاح (فمنها مارواه) الصدوق في الفقيه عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج قال قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا فضع الرهن قال هو من مال الراهن ويرتجج المرتهن عليه بماله وطريقه الى محمد بن أبي عمير صحح (وما رواه) المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصبيه شي أو ضياع قال يرجع بماله عليه وظاهره انه يرجع بدينه (وما رواه) الصدوق أيضا عن صفوان وطريقه السه صحيح على الصحيح في ابراهيم بن هاشم عن اسحق بن عمار بن حيان الصيرفي الثقة لأن رواية صفوان بن يحيى عنه من القرائن المعينة له الصارفة عن كونه الساباطي كرواية عبد الرحمن وعلي بن اسماعيل وزكريا المؤذن وغياث بن كلوب فان رواية هؤلاء عنه معينة له عن أبي ابراهيم عليه السلام قال قلت الرجل يرتهن العبد فيصبيه عور وينقص من حسده شي على من يكون نقصان ذلك قال على مولاه قال ان الناس يقولون ان رهنت العبد فمروض او انفقت عينه فاصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قال أرايت لو ان العبد قتل قتلا على من تكون جنايته قال جنايته في عنقه (وما رواه) الشيخ في التهذيب عن احمد عن البرزطي عن حماد بن عثمان عن اسحق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يرتهن الرهن الغلام او الدار فيصبيه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال أرايت لو قتل قتلا على من كان يكون قلت هو في عنق العبد الا ترى فلم يذهب مال هذا قال أرايت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائة دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال وكذلك يكون عليه ما يكون له الى غير ذلك من الاخبار الأخر الكثيرة وهذا الاخير وما في مناه مما دل على التلازم بين النقصان والمنفعة ثم برشد الى انه يمكن الاستدلال في المقام بالاخبار الدالة على ان ثناء الرهن للراهن مضافا الى ما استدلل به في الغنية والسرائر والتأخرة من الخبرين النبويين المشهورين (احدهما) لا يفتق الرهن الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه ومعنى لا يفتق الرهن بالغنم المعجزة وفتح اليا واللام لا يملكه المرتهن بالارتهان (وثانيهما) قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وخرجه اذا كان للراهن بلا خلاف وجب ان يكون من ضمانه لكن هناك اخبار اخر يظهر منها المخالفة بحسب الاطلاق في الحكم كصحيحة ابي حمزة وصحيحة محمد بن قيس وموقعة ابن بكبر وغيرها وقد حملها الاصحاب كفي الكفاية على تفريط المرتهن (قلت) لعدم صراحتها في ضمانه مع عدم التفريط ويرشد الى هذا التفصيل مرسل ابان وقد تشعر به صحيحة اسحق بن عمار وعليه يحمل رواية سايمان بن خالد والا لنا في اولها آخرها ويمكن حملها اي الاخبار المشار اليها على التقيية كما يشير اليه صحيح بن عمار الذي قال فيه ان الناس يقولون الى آخره ويشعر به صحيح ابي حمزة حيث نسب الحكم فيه الى علي عليه السلام (وليعلم) ان الظاهر جملة من العبارات كعبارة الشرائع والتافع انه بسقط الحق بتلف الرهن مع الضمان كما هو ظاهر جملة من اخبار الباب ويمكن الحمل على التراضي اراتمخص والا فلا يسقط من الحق شي وان كان التالف مضمونا لاختلاف الحقين اذا لم يكن الدين من جنس ما يضمن به التالف بقي هناك شي وهو ان جملة من الاخبار كصحيح البقباق ومرسل ابان قد تضمنت عدم ضمان المتاع اذا لم ينشره ولم يتعهده ولم يحرکه حتى تأكل وهلك وبذلك افى في المنع

الا بالتفريط ولا يسقط من دينه شي فان تصرف بركوب او سكنى او لبن وشبهه فمليه  
الاجرة والمثل ويقاص في المؤنة (متن)

(واعترضه) في المختلف بان الاقرب انه يضمن لان ترك نشر الثوب المفتقر الى ذلك يعد تفريطا وتفريطا  
ضامن وكأنه لم يخطر بباله هذه الاخبار التي هي مستند الصدوق وقد تنزل على عدم علمه بمحصول  
الضرر الى المتاع مع بقائه على تلك الحال والشهد في الدروس نبه على كلام الصدوق وقال ان في  
رواية ابي العباس دلالة على قوله ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا بالتفريط ﴾ كما صرح به جماعة كـيرون وحكى  
عليه الاجماع في التذكرة ولم يذكره بعضهم للعلم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط من دينه شي ﴾ اي  
اذ ائلف من دون عمد ولا تفريط وهذا تأكيد لما سلف ونص في الرد على العامة وفي (التذكرة) الاجماع  
عليه وفي (الكفاية) انه المعروف من مذهبهم اي الاصحاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تصرف بركوب  
او سكنى او لبن وشبهه فمليه الاجرة والمثل ﴾ الاجرة في مثل اركوب والسكنى والمثل في مثل اخذ  
اللبن وهو المشهور كما في (المسالك والكفاية والحدائق) وقد ينظر من المفاتيح الاجماع عليه حيث قل  
قالوا الى آخره وستسمع ما في الدروس لانه ليس للمرتهى الانتفاع به بدون اذن الراهن بلا خلاف  
كما في التذكرة ودليله انه بعد خروجه عن الامانة صار كسائر المتصرفين غير الامناء في اموال الناس  
(وما رواه) ثقة الاسلام والشيخ في الحسن بابراهيم عن ابي جعفر عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام  
قال في الارض البور يرتبها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها وانفق عليها من ماله انه تحتسب له نفقته  
وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحتسب من ماله الذي ارضه به الارض حتى يستوفي ماله  
فاذا استوفي ماله فليدع الارض الى صاحبها والبور الارض قبل ان تصلح للزرع او التي تترك  
سنة لزرع من قابل وقد وقع في عبارة الشرائع انه لو تصرف باجارة لزمته الاجرة وهو يتم مع مضى  
مدة تقابلها اجرة عادة لا بمجرد العقد وحينئذ يظن الراهن بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة المثل  
وبين الاجازة فيرجع بالمسمى فقد اختلفت كيفية الضمان اذ ليس الضمان هنا كضمان اجرة الركب  
والسكنى فان المضمون في هذين اجرة المثل وفي (الدروس) لو كان له منفعة كالركوب والدار فالمشهور  
جواز الانتفاع بهما ويكون بازاء النفقة وهو في رواية ابي ولاد والسكوني وفي (النهاية) ان انتفع والارجح  
بالنفقة ومنع ابن ادريس من الانتفاع فان انتفع تقاصا وعليه المتأخرون والروايتان ليستا صريحتين في  
المثلية ولا مانعتين من المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لثلا تضعيف المنفعة على المالك نعم  
يجب استيذانه ان امكن والا فالحاكم انتهى ومراده بالمشهور الشهرة بين المتقدمين وقد استحسنت  
جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك وتام الكلام يأتي مفصلا بعد هذا بلا فاصله والغرض من  
نقل عبارة الدروس الاشارة الى الخلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقاص في المؤنة ﴾ كما عبر بذلك في  
الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتذكرة واللمعة وابطاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة  
وفي (الدروس) عليه المتأخرون كما سمعته آنفا ويأتي الكلام في معنى المقاصة وابن ادريس والمصنف  
في المختلف لم يعبر بالمقاصة وهو الاوفق بالاصل قال في (السرائر) فان انفق بنسرة العود واشهد على  
ذلك كان له الرجوع بما انفق ونحوه ما في المختلف وقد نقلت الشهرة في مسالك والكفاية والحدائق  
على انه ان امره الراهن بالنفقة رجع بما غرم والا استأذنه فان امتنع او غاب رفع امره الى الحاكم

فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد عليه ليثبت له استحقاقه فان تصرف مع ذلك في شيء بغير الاذن ضمن مع الائم وتقاصا لكنك قد سمعت انه في السرائر لم يشترط في الرجوع في النفقة الآتية العود بها والمحقق والمصنف والشهيد في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والكتاب واللمعة لم يشترطوا شيئا وقد عرفت انه نسب ذلك في الدروس الى المتأخرين من دون اشتراط شيء نعم اشتراط عدم التبرع مما لا ريب فيه لاحد قال في (التذكرة) واما ان انفق متبرعا فانه لا يرجع به قولنا واحدا وقال في (المهذب البارع) واشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة اذن المالك او الحاكم فان تعذر فالاشهاد ولم يشترط الباقر اذن الحاكم وهو اولى انتهى وأول من اشترط اذن الحاكم فان تعذر فالاشهاد المصنف في التذكرة ثم المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والمولى الاردبيلي قال ينبغي وقوى في الروضة قبول قوله من دون اشهاد في قدر المعروف بيمينه ورجوعه به والشهيد في الدروس اشترط اذن الحاكم فقط ولم يذكر الاشهاد لانه ارشاد فما حكاه عنه في المهذب البارع غير موافق للواقع ونحو ما في الدروس ما في التفتيح وايضاح النافع (فان قلت) اشترط اذن الحاكم وأن لم يذكره الاكبر لكنه مراد لهم قطعا لاجماعهم على ان التصرف في الرهن لا يجوز الا باذن المالك والا فان على الدابة وعلفها تصرف فان تعذر المالك فالحاكم فان تعذر فالمرتهن من باب الحسبة وقد ارشده الى الاشهاد ليسلم من اليمين فاشهرة المحكية في المسالك والكفاية انما هي بالنسبة الى قول الشيخ في النهاية ومن وافقه والا فاذن الحاكم لا بد منه (قلت) الرهن لا يزيد عن اللقطة والوديعة فالمرتهن يجب عليه حفظه ولا يتم الا بالانفاق فيرجع به مع عدم التبرع كما هو الشأن في الانفاق على الوديعة واللقطة فانهم لم يشترطوا في الانفاق عليهما اذن الحاكم فليلحظ كلامهم في البابين وقد نبه على ذلك ابو العباس في المقتصر والمهذب وفي (المبسوط) عبارة تناسب ما نحن فيه قال ومنى اكرى المرتهن من ماله بغير اذن الحاكم فان كان الحاكم مقدورا عليه لم يرجع على الراهن لانه متطوع به وان لم يكن مقدورا فان اشهد عليه عدلين انه يكرهه ليرجع به عليه فيه قولان وان لم يشهد لم يكن له الرجوع انتهى فتأمل فيه ويأتي عن الشهيد ما يشمل مثل هذا فيكون ما في المبسوط مما نحن فيه وكيف كان فهذه الاقوال الثلاثة متفقة على رجوع كل من الراهن والمرتهن مع التصرف على الآخر فيما يستحقه بعد انفاق المرتهن فهو بنفقتة والراهن بمنفعة ماله على الاطلاق خلافا للشيخ في النهاية والحلي فيما حكى عنه في الحيوان فجوزا الركوب واحلب بعد الانفاق وحكاه بان المنفعة بازاء النفقة على الاطلاق ولو مع عدم المراضاة وتفاوت الحقتين بالزيادة والنقصان وستسمع كلامهما وهو ظاهر ابن حمزة في الوسيلة وابن سعيد في الجامع ومال اليه الخراساني في الكفاية وقد سمعت انه قال في الدروس ان المشهور جواز الانتفاع بهما اي بالدار والدابة ويكون بازاء النفقة انتهى وقد زاد الدار فلا يكون الحكم عند هؤلاء مقصورا على الحيوان قال في (النهاية) اذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كان نفقتها عليه وكذلك اذا كانت شاة وشرب لبنها كان عليه نفقتها واذا كان عند انسان دابة او حيوان اوراقين رهنا فان نفقتها على الراهن دون المرتهن فان انفق المرتهن عليها كان له ركوبها والانتفاع بها او الرجوع على الراهن بما انفق (وقال) ابو الصلاح فيما حكى عنه يجوز للمرتهن اذا كان الرهن حيوانا يتكفل مؤتته ان ينتفع بظهره او خدمته او صوفه أو لبنه وأن لم يتراضيا ولا يحل شيء من ذلك من غير تكفل مؤتته ولا مراضاة والا ولى ان يصرف قيمة منافعه في مؤتته انتهى فليتأمل فيه وقال في

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الرفع (متن)

(الوسيلة) وأن رهن حيوانا كان نفقته على الراهن فإن أنفق عليه المرتهن كان له الرجوع على صاحبه ما لم ينتفع به فإن انتفع به ولم ينفق رد قدر ما انتفع به ونحوه ما في جامع الشرائع وحججهم على ذلك (مارواه) المشايخ الثلاثة عن أبي ولاد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بما له أنه إن يركبه قال فقال إن كان يملفه فله إن يركبه وإن كان الذي رهنه عنده يملفه فليس له أن يركبه وطريق الكايني فيه سهل وطريق الشيخ والصدوق صحيح (ومارواه) الشيخ والصدوق عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الظاهر يركب إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر يشرب إذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب نفقته وقد حملها الأصحاب كما في الرياض والحدايق على حصول الأذن ومساواة الحقيين قالا وهو بعيد جدا (قلت) الحامل لها على تساوي الحقيين المصنف في المختلف وعلى الأمرين أعني حصول الأذن ومساواة الحقيين صاحب إيضاح النافع والشهيد الثاني والمولى الأردبيلي ولم أجد الآن لهم رأيا (وقد يقال) إن رهنه مع عدم الاتفاق قرينة الأذن فيه وفي الصرف ولا سيما إذا اضطر الراهن إلى الركوب والحلب فإن ترك الركوب قد يفسده كما إن ترك الحلب مفسد مضر بالحيوان مفوت للربن على المالك فهو لم يجز له الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة وحصول المفسدة على المالك قال في (مجمع البرهان) يمكن حمل خبر السكوني على الأذن ولو كان مأخوذا من العادة المتعارفة بينهم انتهى فاتفق المعد عن حصول الأذن في الاتفاق والتصرف وقد سمعت ما قاله في الدروس من أن الروايتين ليستامرين في المقابلة ولا مانعتين عن المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لتلاضع المنفعة على المالك انتهى (وقد يقال) إنها ظاهرتان ولا سيما الأولى في المقابلة والمنع من المقاصة وفي الظهور بلاغ فليتأمل وما استحسنته في الدروس من جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك كأنه ميل إليه في التقيح والمذهب البارع والمقتصر والروضة وكيف كان فالروايتان مع قصور سند أحدهما وإن صح إلى صاحب إجماع على أن في البرقي كلاما لا تقاومان الأدلة الدالة على عدم جواز تصرف كل من الراهن والمرتهن بدون إذن الآخر مع محالمتها للقاعدة المقررة في الضمان فإن مقتضاها رجوع الراهن بحق المنفعة والمرتهن بشئ لفقته فتخصيص هاتين القاعدتين بهاتين الروايتين اللتين أطبق المتأخرون على عدم العمل بهما على ظاهرها وشهرة المتقدمين وإن حكيت في الدروس لم تحققها هذا المفيد والصدوق والسيد وسائر والقاضي والراوندي وأبو المكارم لم يفتوا بظاهر الخبر مع وجود الصحيحة في الكافي والفتية والتهديب ووجود الثانية في الأخيرين فقد أعرضوا عنها مع أنها بمرأ من العين والمراد بالمقاصة كما في كتب الرموز أن يقاص المرتهن ما أنفق عليها بالاجرة المضمونة عليه حيث تصرف فيها من غير إذن الراهن قال ولا تتحقق المقاصة إلا بهذا التأويل انتهى فتأمل والمقاصة مشروطة بتسراط فاعل المراد عند حصول شروطها وفي (مجمع البرهان) يمكن أن يراد بالمقاصة مجرد الرجوع ﴿قوله﴾ ﴿فلو تلف ضمن قته إن لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الرفع﴾ وعن أبي علي أنه يضمن أسلا القيم من يوم هلاكه إلى يوم يحكم عليه بقيمته وقيل أعلا القيم من حين التفريط إلى وقت التلف وقد تقدم الكلام في مثل ذلك مرارا والأصح أنه يوم هلاكه لأنه وقت استقرار الضمان وانتقالها إلى

ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالبينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ويجب على المرتهن بالوطني العشر أو نصفه (متن)

ذمة المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ﴾ الذي طفحت به عباراتهم انه يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده ان خاف جحود الوارث كالسرايع والنافع والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها وفي (الكفاية) انه المعروف بينهم وفي (جمع البرهان) الاجماع عليه ان لم يكن له بينة مقبولة أو لم يكن اثباته عند الحاكم وفي (الرياض) قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بل في شرح الارشاد الاجماع عليه بأن المرتهن استيفاء دينه من الرهن وان لم يكن وكيفا في البيع او انفخت وكالته بموت الراهن ان خاف جحود الراهن او الورثة للحق ولم يمكن اثباته عند الحاكم لعدم البينة او غيره من العوارض لعدم الجرح والضرر والخبر انتهى ولم يقيد أحد بالعلم بجحود الوارث كما في الكتاب ولعله أراد بالعلم الظن الغالب لكن في جامع المقاصد ان الظن أيضا غير شرط بل يكفي خوف جحوده دفعا للضرر الخوف قد اكتفى بمجرد الاحتمال فليحظ وقال جماعة المرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده ومما صرح فيه بأنه يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضا الارشاد والدروس والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية وقد سمعت ما في الرياض ومما قيد فيه ذلك بعدم البينة التحرير وايضاح النافع والروضة والمسالك والكفاية بعبارة الرواية ونسبها في الحدائق الى الاصحاب قال في (المسالك) كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم والا لم يجز بل يثبت عنده الدين والرهن ويستأذنه في البيع ولعله حرمة التصرف في مال الغير الا باذنه خرج منه صورة عدم امكان الاثبات للاجماع والضرر والضرورة وأطلق الباقي وفي (جمع البرهان) لا يشترط عدم البينة وعدم امكان الاثبات عند الحاكم وهو الاصح والرواية غير صريحة باشتراط عدم امكان الاثبات وانما فيها استعاز ولعلها خرجت مخرج الغالب والحق بعضهم بخوف الجحود الحاجة الى اليقين وفي (المسالك والروضة) انه ليس بمعتمد وفي (الكفاية) ان فيه أي اللاحق نظرا قلت لعدم الضرر باليمين الصادقة وان كان تركها تعظيما لله جل شأنه أولى وقد روى الصدوق والشيخ عن العبيدي عن المروزي عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب اليه في رجل مات وله ورثة ففأ رحل فادعى عليه مالا وان عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال ولا بينة له فلبأخذ. اله مما في يده وليرد الباقي على ورثته ومنى أقرب ما عنده أخذ به وطواب بالبينة على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يبق البينة والورثة ينكرون فله عليهم بيمين علم يحفظون بالله ما يعلمون له على ميتة حقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالبينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ﴾ كما نص على ذلك مولانا الهادي عليه السلام في الحرام المقدم ويحتمل أن يكون الكاظم والرضا عليهما السلام لأنه يظهر من الأخبار انه ممن ادرك الكاظم والرضا والحواد والهادي والمسكري عليهم السلام وقال مولانا المجلسي انه له مكاتبات الى الجواد والهادي والمسكري صلوات الله عليهم أجمعين مضافا الى الاصل والضابط العام مع عدم خلاف في المقام كافي الرياض (قلت) وانما ترك الاكثر التصريح به للعلم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المرتهن بالوطني العشر أو نصفه ﴾ تقدم الكلام في هذا ومثله في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في مقامين

ولو طلوعت فلا شيء ولو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الاداء بعد الحلول بطلا (متن)

فيا لو وطأ أحد الشركاء الجارية وفيما لو ظهر استحقاق الأمانة الموطأة وتقدم أيضا في باب العيب في مقامين وفي باب شروط البيع ومغايرة المورد لا تقضي بالمغايرة مع اتحاد طريق المسائل وقد استوفينا الكلام في هذه المسئلة وأطرفها أكمل استيفاءً وسيعرض المصنف لمثل ذلك في باب النصب وباب الحدود وما صرح فيه بجميع ما ذكره المصنف هنا الشرائع والجامع والتحرير والدروس واللمعة وفي (الروضة) أنه المشهور وقد تقدم منا في باب البيع نقل الشهرة عن عدة كتب وإن في الخلاف الاجماع عليه وقيل عليه مهر أمثاله وهو خيرة المبسوط والتذكرة والمفهوم من كلام الغنية والسراير وفي (التذكرة) ويجب المهر إن كانت مكروهة اجماعاً ولعله أراد بالمهر ما يشمل العقر وربما قيل إن المالك يتخير بين الامرين وحكي عن الشهيد انه رجحه في بعض حواشيه وهل يجب مع ذلك أرش البكارة جزم به في الروضة وقال به جماعة في غير المقام كما بيناه فيما سلف من المواضع المشار إليها وفي (المسالك) إن أكثر عبارات الاصحاب في المقام مطلقة وهو كذلك وربما قيل بدخوله في العسر وعدم دخوله في مهر المثل قوله ﴿ ولو طلوعته فلا شيء ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد) وهو المشهور كما في المسالك والكفاية والحدائق ولم يرجح في التذكرة وقوى أحد الامرين أي العقر أو المهر في المسالك والروضة والكفاية لانه بضع مستحق لتغير الموطأة فلا يسقط برضاها ولانه تصرف في مال الغير وفي (جامع الشرائع) إن طاعوته ثيباً فلا مهر لها وإن أكرهها فعليه نصف عشر قيمتها وإن طاعوته بكراً أو أكرهها فعليه عشر قيمتها انتهى فليتأمل في تفصيله وعلى تقدير نفي أحد الامرين من المهر والعقر فلا شبهة في ثبوت أرش البكارة هنا كما في المسالك ونحوه كما في جامع المقاصد لانه جناية على مال الغير هذا كلامهم في المقام وقد تقدم تفصيله ودليله في بيع الحيوان وغيره قوله ﴿ ولو شرط كون الرهن مبيعا مع تعذر الاداء بعد الحلول بطلا ﴾ اجماعاً كما في المبسوط وظاهر السراير أو صريحها وظاهر المسالك وجمع البرهان وفي (التذكرة) الشرط فاسد باذ خلاف وإذا فسد الرهن وبالحكم صرح في الجامع والشرائع والنافع والارشاد والتذكرة والدروس واللمعة والتفصيل وجامع المقاصد وتعليق النافع وايضاح النافع والمسالك والروضة وغيرها لكنه في الشرائع أطلق قال ولو شرط ان لم يؤد كان الرهن مبيعا لم يصح ولم يقل عند الأجل كالنافع وقال في (الارشاد) بطل ولم يقل بطلا كالكتاب وغيره والامر سهل لانه لا تنك في بطلان هذا الشرط امدم الصيغة ولتعليق المانع من صحة البيع ولان الاصل عدم الانتقال ولا موجب له اذ ليس الموجود الا عقد الرهن فلا بيع ثم انه لا يصح كون الشيء الواحد رهنين على دين شخص ومبيعا له ويبطلان الشرط يبطل المشروط ثم ان لم يعل على بطلان الرهن انه موقت وهو لا يتوق الا بالوطى وان ثبت ذلك كله قلنا في الاجماع على بطلانها أكمل بلاغ وعسائك تقول كما قل بعض العامة ان الرهن اذ رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى مع بطلانه فيصح الرهن ويفسد البيع (وفيه) ان مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد كما هو ظاهر وعبارة الشرائع تنزل على ما في النافع وغيره من أن المراد انه رهنه الرهن على الدين المؤجل وشرط له ان لم يؤد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن مبيعا له بالدين أو بقدر مخصوص وان كان الاطلاق كما في الشرائع مبطلا أيضا لانه حيث لم يعين وقتنا



فان تلف قبل مدة الحلول لم يضمن ولو تلف بعدها ضمن (متن)

لا يتحقق عدم الوفاء مادام الراهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء وهو غير صحيح الا ان الاصحاب وغيرهم كافي المسالك فرضوا المسئلة كما ذكرنا ومع ذلك كله قال في (التحرير) اذا شرط كونه ميبعا عند حلول الاجل بالدين هل يفسد الرهن بفساد الشرط فيه نظر والذي قواه الشيخ عدم الفساد وهو جيد وانت قد عرفت انه قال في المبسوط بطلا اجماعا قوله **﴿فان تلف قبل مدة الحلول لم يضمن وان تلف بعدها ضمن﴾** كافي (المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة) لانه في مدة الاجل وهو فاسد وينفذه مبيع فاسد وكل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك وفي (المسالك) ان الاصحاب وغيرهم اطلموا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد (قلت) وبها طفت عباراتهم في المقام وغيره ومما استندها فيه اليها في المقام المبسوط والجامع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (المبسوط) البيع الصحيح والماسد مضمون اجماعا وفي (مجمع البرهان) انها قاعدة مشهورة فكأنها مجمع عليها ولا نعرف دليلا (قلت) دليلا بعد الاجماع انهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القاض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا الى قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا بل سلم على قصد العدم ولم يلتزم المتسلم ضمانا أيضا فينتهي المنتضي له مضافا الى الاصل وعدم تناول عموم قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت له لعدم انصرافه الى مانحن فيه أعني ما قصد فيه المسلم عدم الضمان وبه يندفع (ماعساه يقال) ان الاصل في كل مقبوض الضمان ما لم يكن أمانة وهنا ليس كذلك لان كونه أمانة فرع كونه رهنا لانك قد عرفت انه حينئذ بمنزلة الامانة ولا يتناوله العموم وقال في (المسالك) هذا القسم انما يتم فيما اذا كانا جاهلين بالانساد أو عالين به فان الدفع والقبض يكون بمنزلة الامانة وكذا لو كان الدافع عالما دون الآخر ويشكل العكس من حيث ان القاض لعلمه بالحال أخذ بغير حق والدافع توهم الصحة والا لما رضي بدفع ماله فيكون مضمونا للعموم السابق وانت خبير بأن هذا الاشكال غير مختص بالاخيرة بل جار في الاولى أيضا وهي ما اذا كانا جاهلين كأن يقال ان رضا المسلم بدفع العين فيها انما هو توهم صحة العقد بحيث لو اد ما رضي بالافع (وأجاب) في المسالك عما أورده من الاشكال بالاجماع على اطلاق القول في هذه القاعدة وقال ويمكن توجيهه بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه والمتسلم تسلمه ما كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم الزوم غير معلوم فالاذن حاصل والمانع غير معلوم انتهى وانت تعلم ان هذا بانفراده غير مخرج عن العموم السابق الا أن تقول ان غرضه انه حينئذ لا يتناوله العموم لا انصرافه الى غيره كما أشرنا اليه آنفا فيبقى على الاصل فيتجه الجواب بالنسبة الى الصورتين فكأن المدار في الصور الاربع على عدم تناول العموم لها فلا يخرج عن الاصل وقال في (التنقيح) عند شرح قوله في النافع لم يصح أي لم يصح البيع اتعاقبه على المدة ويكون مضمونا لقبضه بالبيع الفاسد ومراده أنه يكون مضمونا بعد الاحل لا قبله اذ لا يبيع قبله فلا مخالفة (ثم) انه قد يقال ان في ضمائه بعد الاجل على الاطلاق اشكالا لانه اذا كان مقبوضا عنده بالرهن الفاسد الذي لا يضمن به فينبغي أن يبقى عنده

وفوائد الرهن للراهن ولا تدخل فيه (وان خل) ان كانت موجودة والاترب عدم دخول المتجددة الامع الشرط أو كانت متصلة (متن)

على هذا الوجه حتى ينوي تملكه بعد الاجل بزعم انه مبيع له فيمنعه منه لو طلبه ويتصرف فيه وتظهر الفائدة فيما اذا غفل عن كونه ميبعا ولم ينو تملكها فليتا مل جيدا وتظهر الفائدة في أصل المسئلة فيما عدى التلف فيما اذا غرس أو بنى قبل دخول وقت البيع فانه يقع مجانا ولو فصل ذلك بمده وهو جاهل بالفساد لم يقطع كذلك لوقوعه باذن المالك وجهه بعدم الجواز فيكون كما لو غرس المستير ورجع المعير  
﴿ قوله ﴾ ﴿ وفوائد الرهن للراهن ﴾ كما في المقنع وما تأخر عنه وعليه الاجماع كما في كشف الحق وظاهر كشف الرموز والمسالك والمفاتيح ومجمع البرهان والرياض والاجامات الآتية منطبقة عليه وتدل عليه الاخبار الكثيرة المتضاربة ولا فرق في ذلك بين المتصلة والمنفصلة وخالف أبو حنيفة فقال فيما حكى عنه المتصلة (تبقى خل) تبطل لا تحصل للراهن ولا للمرتهن والمنفصلة تدخل في الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل فيه ان كانت موجودة ﴾ كما في المنفعة والنهاية وسائر ما تأخر عنها وفي (المخلف) انه مذهب الاكثر وفي (التقيح) الاجماع عليه وفي (الاتصار) الاجماع عليه في الحمل وفي (المسالك) انه المشهور ذكره في مقام آخر والمخالف أبو علي على ما حكى عنه في المخلف قال قال جميع ذلك يدخل في الرهن وضعفه واضح لان الموجود حاله كسائر أمواله وربما قيل بدخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان ونحو ذلك مما هو بحكم الجزء واستقر به في التذكرة وهو حسن ان حكم العرف بالدخول والا فالظاهر ما حكم به الاصحاب ولعله المفروض وتردد في التذكرة في دخول اللبن في الضرع وسيأتي تردد المصنف هنا في الامرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاترب عدم دخول المتجدد الامع الشرط أو كانت متصلة ﴾ الفوائد المتجددة المتصلة اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن والطول تدخل في الرهن اجماعا كما في المخلف والتذكرة في موضعين منها والمسالك والروضة والمفاتيح وقد نفى عنه الخلاف في التقيح والكفاية والحدائق وفي (غاية المراد) انه لا يبحث فيه وكذلك المنفصلة كالثمرة والحمل والقابلة للانفصال كالشعر والصوف اذا شرط المرتهن دخولها لنفي الخلاف فيه عندنا الا في الدروس (ثم قال) وان لم يصح رهن المعلوم لانها تابعة وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح) لو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ارتفع الاشكال والمصنف في التذكرة استثنى ما يتجدد من المنافع بالاختيار كما كتساب العبد فلا يصح اشتراط دخوله وفي (الدروس) انه لا فرق بين كسب العبد وغيره (أما الفوائد) المتجددة التي ليست متصلة كذلك ولا مشروطة فقد قرب المصنف هنا عدم دخولها وهو خيرة الخلاف في موضعين منه والمبسوط ونكت النهاية للمحقق والتحرير والتذكرة في موضعين منها والارتداد والمخلف والايضاح والتقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والكفاية ومال اليه في المسالك وهو المنقول في الدروس عن المحقق في الدرر المبارك الميعون وفي (الخلاف) في باب الزكوة الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث قال عندنا في مطاوي البحث في فروع المسئلة قال في (زكوة الخلاف) اذا رهن جارية أو شاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجا عن الرهن باجماع الفرقة وهو قوي متين جدا للاصل بمعنى أصل عدمه ولعدم دلالة اللفظ على دخولها بشي من الدلالات ولان الاصل في الملك أن يتصرف فيه مالكة كيف شاء خرج منه الاصل بوقوع الرهن عليه وهذا البناء مادام متصلا بالاصل لانه يلزم منه التصرف

ولو أدى ما يخص أحد الرهنيين لم يجز أمساكه بالآخر ولا بالخالي ويقدم قول الدافع  
ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة (متن)

في المرهون الذي قام الاجماع على منعه ويبقى الباقي وهو ما اذا انفصل عن الاصل على الاصل وقد  
استدل عليه المصنف في المختلف برواية السكوني وخبر اسحق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام  
(قلت) فان رهن دارها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار وقال وادعى ابن ادريس أن قوله مذهب  
أهل البيت عليهم السلام واجماعهم عليه وان ما ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط مذهب المخالفين  
خطأ لا برهان عليه ولا شبهة له (قلت) الخبران لا دلالة فيهما على ما نحن فيه اذ غاية ما دل عليه انما  
هو التبعية في الملك ولا نافيها الدخول في المرهون كما هو فرص المسئلة (وقد يقال) انها عند التأمل  
ظاهران في ذلك فأمال والعامه على أقوال حكماها في الاتصاف. قال أبو حنيفة اذا ولدت المرهونة  
بمد الرهن دخل ولدها في الرهن وكذلك اللب والصوف وثمره النخل والشجر وهو قول الثوري  
والحسن بن حي وقال مالك ما حدث من ولد فهو رهن وقال الشافعي لا يدخل الولد ولا الثمرة الحادثة  
في الرهن وقال الليث اذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فان كان الى أجل فالثمره لصاحب الاصل  
وروي عنه أنه لا يدخل الا أن يكون موحودا يوم الرهن انتهى ما حكاه في الاتصاف وفي (المنفعة  
والنهاية والوسيلة والغنية والسرائر والجامع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس والعمه وغاية  
المراد وايضاح النافع) أنه يدخل في الرهن وهو المحكي عن أبي علي وأبي الصلاح والقاضي وفي (الدروس  
والمسالك والكفاية ومفاتيح الخدائق والرياض) انه المشهور وفي (جامع المقاصد) انه مذهب الاكثر  
وفي (ايضاح النافع) انه أشهر بل كاد يكون اجماعا بل صرح بعضهم بدعوى الاجماع عليه وفي (الغنية  
والسرائر) الاجماع عليه وفي الاخير أيضا انه مذهب أهل البيت عليهم السلام وفي (الاتصاف) أن دخول  
الحمل الى الحامس في لارتهان مما انفردت به الامامية ولا حجة لهم يعول عليها الا الاجماع المنجبر  
بالشبهة المعلومة والمنقولة وربما احتج عليه بتبعيته للاصل (وفيه) انها ممنوعة في مطلق الحكم بل انما هي  
في الملك ولا كلام فيها وبقية ولد المدبرة لها بالتدبير ونحوها بالدليل مع حرمة القياس ووجود  
الفارق وهو تغلب جانب العق (وقد) يستدل لهم بلزوم جواز انتفاع الزاهن بالرهن لان المنفعة اذا لم  
تكن رهنا لا وحه لمنه من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه (ويندفع) ذلك بما أشرنا اليه آتفا من  
أن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت  
المنفعة كالثمن والولد لم يمنع من التصرف فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أدى ما يخص أحد الرهنيين لم يجز  
امساكه بالآخر ولا بالخالي ﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم ووجه ظاهر لانه قد فكك مما رهن عليه  
ولم يرهه على الآخر ولا الخالي فلا يكون رهنا ولا ارتهان غير واجب نعم اذا تراضيا فلا كلام كما تقدم  
﴿ قوله ﴾ ﴿ و تقدم ! الدافع ﴾ في أن المدفوع عن أي الدينين لان المعتبر نيته وهو أعرف  
بها وذلك مع اليمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة ﴾ كما في المبسوط  
والشرايع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقال في (التذكرة) الحق عندنا ذلك وان  
دخلت في البيع اقتصارا على النص فلا يتعدى الى غيره (قلت) لانها غير داخلة في مسماها ودخولها في البيع  
قبل التأبير للنص على خلاف الاصل ولذلك خصها بالذكر بخلاف غيرها من الثمار فانها متى ظهرت لا تدخل

ولا الشجر في رهن الارض وان قال بمحقوقها الا مع الشرط وكذا ما ينبت بعد رهنها سواء  
 أنبته الله سبحانه أو الراهن أو أجنبي الا أن يكون الغرس من الشجر المرهون وفي دخول  
 الأس تحت الجدار والغرس تحت الشجر واللبن في الصرع والصفوف المستجزة على ظهر  
 الحيوان (متن)

في عدم مطلقا الا مع الشرط ونبه به أيضا على خلاف بعض العامة حيث أدخلها قياسا على البيع ﴿ قوله ﴾  
 ﴿ ولا الشجر في رهن الارض ﴾ كما في الكتب الستة المتقدمة لما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قل  
 بمحقوقها ﴾ كما في التذكرة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك لانه لا يعدهن حقوقا لانه ولا عرفا وتردد  
 في الترايع مما ذكر ومن توهم كون الشجر من حقوقها كما فهمه الشيخ رحمه الله في المبسوط وقد سبق مثله  
 في البيع وفي (التذكرة والمسالك) انه لو قال بجميع ما استملت عليه أو نحوه دخلت على الظاهر وفي جامع المقاصد  
 لم يعد الدخول حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا مع الشرط ﴾ لا اشكال في لدخول مع الشرط كما في (جامع المقاصد)  
 وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ما ينبت بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه أو من الرهن ﴾ كما في المسوط والشرائع  
 والتحرير والتذكرة والتلخيص وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام الدروس لعدم  
 دخوله فيها ولا يعد ذلك نماء الارض حتى يجزي فيه الخلاف في التواء المتجدد ولهذا خصه بالذكر ومنه  
 يعلم حال الاجنبي اذا غرسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا ان يكون الغرس من الشجر المرهون ﴾ فانه رهن  
 كما في السرايع وجامع المقاصد والمسالك لانه لا اشكال في بقاءه على ما كان لا أنه يتجدد له الدخول  
 وهل يتوقف غرسه حينئذ على اذن المرهون يحتتمل ذلك لانه تصرف في الرهن وانفعا به فيتوقف  
 على اذنه وعدمه لانه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدوا وقد تقدم ولو كان الغرس من غير  
 المرهون او كان منه واضر بالارض فلا ريب في توقفه على اذنه واطلق في الدروس المنع من الزرع  
 وان لم تنقص به الارض حسنا للمادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي دخول الأس تحت الجدار ﴾ الأس بالضم  
 اصل البناء كما في الصحاح والقاموس والمصباح المير وجمع البحرين وكذا الاساس وقال السيد  
 في حواشيه له تفسيران (الاول) ما هو مستور من اائط ووجه دخوله دلالة اللفظ عليه بالتضمن  
 ووجه عدمه عدم تعلق الاشارة الحسية ظاهرا به (والثاني) انه موضع الاساس ووجه الدخول دلالة  
 اللفظ عليه بالاتزام ووجه عدمه عدم دخوله في مسمى اللفظ والتفسير الثاني اصح والفائدة تظهر لو  
 انهدم الخائط فهل يبقى الأس على الرهن ام لا انتهى وفي (جامع المقاصد) بعد نقل ذلك عنه الاصح  
 على الاول والاول وعلى الثاني الثاني ويردد المصنف في الغرس يشعر بان المراد بالاس موضع الاساس اذ  
 يعد ترده في دخول بعض الحدار ولان الموضع سيبه بالرهن وحكم في التذكرة وغاية المرام بعدم  
 دخوله بناء انه الموضع ولم يرجح في الايضاح مع انه فهم من الأس الموضع ﴿ قوله ﴾ ﴿ والغرس  
 تحت الشجرة ﴾ حكم في التذكرة وغاية المرام بعدم دخوله في قضية كلام جامع المقاصد ولم يرجح  
 في الايضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ واللبن في الصرع ﴾ لا ترجيح في التذكرة والايصح وجامع المقاصد  
 للتردد في انه جزء نظرا الى انه من جملة رطوبات البدن وان العادة قاضية باخذه وكونه مطورا اليه  
 بخصوصه فلا يكون داخلا في مسمى اللفظ عرفا ومثله يأتي فيما لو باع شاة في ضرعها ابن وفي حواشي  
 السيد انه يدخل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والصفوف المستجزة على ظهر الحيوان ﴾ بكسر الجيم لم يرجح في

وأغصان الشجر فطر والأقرب جواز إيجاب الرهن على الإزالة ولو رهن ما يتمزج بغيره كقطعة من الباذنجان صح أن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها وأن لم يتميز على رأي (متن)

الإيضاح وفي (التحرير وجامع المقاصد) أنه يدخل لكونه جزءاً حقيقة وإنما يخرج عن جزئيته بعد الانفصال واستقر به في موضع من التذكرة وهو قضية كلامه فيها في موضع آخر وفي (المبسوط وحواشي) الشهيد لا يدخل وقد تقدم أن المدار على العرف فإن حكم بالدخول والا فلا ظهر ما عليه الأصحاب  
 ﴿ قوله ﴾ (وأغصان الشجر) لم يرجح في الإيضاح وفي (التذكرة وحواشي وجامع المقاصد) أنها تدخل والمراد بها ما كان من الأغصان يابساً أو جرت المادة بقطعة من سفن النخل وغيره وفي (حاشية الإيضاح) أن الرطب داخل بلا خلاف ولعله أراد فيما لم تجر المادة بقطعة فأمل والأوراق كالأغصان وما ينصل منها غالباً فكأنه ينفصل منها غالباً (وقد يقال) إن الضابط أنه يدخل في الرهن ما يدل عليه مطابقة ونضمام من لأجراء الحقيقة أو العرفية وما لا يمكن وجود المرهون إلا مصاحباً له وهو شرط وجوده كما إذا رهن السقف فإنه لا يمكن انفراجه عن الخائط فيستحق المرهن مصاحبته له وأن لم يقل بحقوقه لأن الرهن للاستيثاق يتوقف على استمرار وجوده مملوكاً أو مملوكاً يبيع ولا يتم إلا بذلك ﴿ قوله ﴾  
 ﴿ والأقرب جواز إيجاب الرهن على الإزالة ﴾ هذا فيما لا يدخل في الرهن من المتجدد وغيره وما اختاره المصنف هنا خيرة السرائع والمختلف والإيضاح وعاية المرام وجامع المقاصد لأن إبقاءه في المحل المرهون تصرف فيه وهو ممنوع كالموضع متاعه في الدار وتضرر الأصل بالثمرة لكن هذه يجب إزالتها عند انتهائها عادة كما في الإيضاح وعاية المرام وفي (المبسوط والتذكرة) أنه لا يجبر على إزالته كذا حكى عن المبسوط في المختلف والموجود فيه وفي التذكرة أنه لا يجبر على إزالته في الحال واحتجوا به فيما حكى عنه بالأصل ومنع أن مثل ذلك يعد تصرفاً وقد يفرق بينه وبين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب في بقاءه بخلاف ما نزهه الله سبحانه وتعالى نعم لو كان ذلك بذل الرهن فإجباره على إزالته قوي ولا ترجيح في التلخيص والتحرير والكفاية وقال في (الدروس) ليس له الزامه بإزالته قبل حلول الدين لعدم تعديه فإن احتجج إلى البيع قلعه فإن بيعاً في توزيع الثمن ما تقدم في بيع الأمانة مع ولده (قلت) هذا الذي نحن فيه أما أن يكون من فعل الله جل ذكره كأن يحمل السيل أو الطير النوى إلى الأرض البيضاء فثبتت أو من فعل الرهن فإن كان الأول فإنه لا يجبر على قلعه في الحال لا يمكن أن يؤدي الدين من مكلل آخر وهذا البقاء له لا منه فلا تصرف عرفاً فأذا دعت الحاجة إلى بيع الأرض فنقم ثمن الأرض لو بيعت وحدها بالدين ولم يقلع النحل فذاك وكذا لو لم تقربه إلا أن قيمة الأرض لم تنقص بما نبت فيها هيئتها وفيها الأشجار كقيمتها أيضاً وإن نقصت قيمتها بالإنجار ولم تقرب بالدين فللمرتهن قلعه ثباع الأرض بيضاء إلا أن يأذن الرهن في بيعها مع الأرض فبإذن ويوزع الثمن عليها هذا إذا لم يكن الرهن محجوراً عليه بالأفلاس فإن كان كذلك فلا قلعه تعلق حق الغرماء بها فباعان ويوزع الثمن عليها فنقصت قيمة الأرض بسبب الإنجار حسب نقصان حق الغرماء لأن حق المرهن في أرض فرعة وإنما منع من القلع رعايته جانبهم وأما إذا كان بفعل الرهن فإجباره على إزالته قوي كما صرح به جماعة وفي (التذكرة) أنه لا يجبر على القلع قبل حلول الأجل قلعه يقضى الدين من غيره فعمل إطلاق المنع من الإيجاب والمجيز ليس في محله ﴿ قوله ﴾  
 ﴿ ولو رهن ما يتمزج بغيره صح أن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها وأن لم يتميز على رأي ﴾

ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه فالباقي رهن وفي الخطأ ان فكاه مولا فالرهن بحاله وان سلمه فالمجني عليه استرقاقه ويبيع او يبع مايساوي حقه فالباقي رهن ( متن )

لا اشكال ولا بحث في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه كما في جامع المقاصد والمسالك لوجود مقتضي وعدم المانع اما مع الاشتباه وعدم التمييز ففي المبسوط والتذكرة في موضع منها انه لا يصح الرهن تعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل لخله فلا يصح رهنه ويرد على الاول انه يمكن الاستيفاء بالصلح على ان حصوله غير مقطوع به لا يمكن التخلف وان الراهن قد يسمح برهن الجميع أو يتفقان على قدر الرهن فان لم يحصل ذلك كله كان القول قول الراهن مع اليقين ( ويرد ) على الثاني ان المعتبر اجتماع الشرائط وقت الرهن وهي حاصلة وصحة البيع لو سلمت شرطيتها فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن لانه وقت اعتبار الشرائط وهي حاصلة ايضا واطبق المتأخرون ممن تعرض للفرع على الصحة وما صرح فيه بها الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان فيكونان شريكين اما الصحة فلما عرفت من كونه عينا مملوكة سالحة للبيع واخذ الدين منها من غير مانع كسائر الاموال ووجه الشركة وجود موجبها وهو المزج مع عدم التمييز فحكمه حكم سائر المشتركات كذلك هذا اذا وقع المزج وعدم التمييز بعد القبض واما لو وقع قبل القبض فالاقرب الفسخ والبطلان كما نبه عليه في الدروس وقال في ( المبسوط ) اذا اشترطا قطعه اذا حدث البطلان الثاني صح الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس والمسالك ومجمع البرهان وهو أقوى المبسوط والخلاف والتحرير وجامع المقاصد لان المرتهن بدلا ولا بدل للمجني عليه لان حقه متعين في الرقبة وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ولان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك فالاولى ان يتقدم على حق المرتهن الا ترى لو كان ملكا للمرتهن وجنى كان حق المجني عليه مقدما على حقه ولان حق المجني عليه أقوى ومن ثم كان له الاستيفاء من دون مراجعة المالك وهذا الاخير انه يجري في العمد ولا يستثنى من ذلك الا ما اذا جنى على سيده خطأ لانه لا يثبت له على ماله مال فيبقى حق المرتهن بحاله كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه والباقي رهن وفي الخطأ ان فكاه مولا فالرهن بحاله وان سلمه فالمجني عليه استرقاقه ويبيع او يبع مساوي حقه والباقي رهن ﴾ جناية العبد المرهون ان كانت نفسا وأوجبت قصاصا فأمره الى ورثة المجني عليه فان اقتصوا بطل الرهن وكذا ان استرقوا وأن عفوا عنه بقي رهنا لان الجناية لا تبطل الرهن وانما تزاحم عليه الحقوق وأن عفوا على مال فان بذله السيد بقي رهنا ايضا والا يبيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن واز اوجبت قصاصا في الطرف ونحوه اقتص منه وبقي رهنا ايضا وأن اوجبت مالا في بعض صور العمد او في الخطأ مطلقا فالامر كما قرر من انه ان فداء السيد بقي رهنا وان استرق او يبع فان فضل منه شيء بقي كذلك والابطل الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض وانتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من السن عن احداية يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن وقد ذكر ذلك كله في التذكرة والمسالك وامير اليه في المبسوط وغيره ولو اتكته المرتهن على

ولو جرح مولا عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهن وان قتله فلو ارث قتله والعفو فيبقى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولا عليه شيء فيبقى الرهن بحاله ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص أو الافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب ( متن )

ان يكون له الرجوع على الراهن وعلى ان يكون العبد رهنا على مال الفك والدين الاول جاز كما نبه عليه في الدروس وقضية كلام المصنف في المقام ان للمجني عليه في الطرف اذا كان الجاني رقا الخيار بين القصاص والاسترقاق على قدر حقه كلا او بعضا وهو الموافق لاجماعهم ورواياتهم في ان الجاني القاتل اذا كان عبدا كان لولي المجني عليه الخيار بين القصاص والاسترقاق فليكن كذلك في الاطراف ويان ذلك يطلب بما حرره في باب القصاص وهذا كله اذا جنى العبد بغير اذن السيد اما لو امره السيد بالخبة فان لم يكن ميمز او كان اعجميا يعتد وجوب طاعة السيد فالجاني هو السيد وعليه القصاص وان كان في بسوط والتذكرة وكذا تحرير ونسبه في جامع المقاصد والمسالك الى التذكرة وهو خيرة قصاص البسوط والشرائع والكتاب والخائف الشيخ في الخلاف وابن ادرس في السرير فاسقطا فيما اذا كان صغيرا القود عن المأمور والآمر عن الاول لتقصه وعن الثاني لعدم قتله ولا يتعلق برقة العبد بل يبقى رهنا وان كان السيد معسرا كما في التذكرة وفي (البسوط) انه يحوط واقصر في التحرير على نقل ذلك عن الشيخ ~~في قوله~~ (ولو جرح مولا عمدا اقتص ولا يخرج عن الرهن وان قتله فلو ارث قتله والعفو فيبقى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولا عليه شيء فيبقى الرهن بحاله) قد ذكرت هذه الاحكام على سبيل الاجمال في (البسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وجمع البرهان) وغيرها وتحريرها ان يقال اذا جنى العبد المرهون على سيده فلا تخلو جنائته اما ان تكون عمدا او خطأ على النفس أو ماله فان كانت عمدا على مادون النفس مثل قلع العين وقطع اليد والاذن والجرح الذي فيه القصاص فلا يرد القصاص عليه لعموم ادلة القصاص ولانه يجب للزجر ولانتقام واعد احق لزجر عن سيده بخلاف المنقطع في السرقة فان القصاص يجب بسرقة مالا شبهة فيه والعبد له شبهة في مال سيده وهو غير محرز عنه في المادة فان اراد المولى استيفاء القصاص كان له ولا تبطل الرهانة الاستصحاب والقصاص لا يمنع الباقي عن الرهانة فلا يخرج عن الاستصحاب وان اراد العفو على غير مال فكذلك وان اراده على مال في البسوط لا يصح ذلك لانه لا يجوز ان يثبت له على عبده مال قال وعلى هذا لو كانت الخدية خطأ كانت هدرًا مطلقًا ولم اجده من خامه من اصحانا وان كانت لدية على نفس سيده عمدا كان للارثة القصاص فان اقتدوا بطل الرهن وفي (البسوط) كظاهر الكتاب انه ليس للوارث العفو على مال قال لانه لا يستحق على ماله مالا وهذا العبد للورثة انتهى ولعله بناء على ان الدية انما تحصل في ملك الورثة بعد الموت والعبد انتقل اليهم بالموت أيضا لكن سيأتي به اذا جنى على مورثه ان الاصحاب على ان الدية تنتقل الى المقتول في آخر جزءه من اجزاء حيوته ~~ويشبه~~ - يعني انه يلزم عدم العفو على مال المقتول تكون واجبة عليه لسيده فلا يثبت له على ماله مال كما عرفت فيحفظ منه دقيق - ~~في قوله~~ - فالو حتى على مورث المالك فللمالك القصاص والافتكاك من رهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب كما في (البسوط والشرائع والارشاد وحواشي الكتاب والدروس وجمع المقاصد والمسالك) تصريحه ونحوه والغرض من العبارات وما كان على نحوها ان ذلك اذا

والمقابل مع عدمه فالباقي رهن ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه الا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويبطل حق المرتهن والعمو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفا بغير مال فكفمو المحجور عليه ولو أوجبت أرشا فالثاني ولو أتمد المرتهن وتناير الدين فله ييمه وجمل ثمنه رهنا بالدين الآخر وفي الخطاء مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه فالباقي رهن ( متن )

لم تكن الجناية على الطرف ولم يمت اذ مع ذلك يكون أمره الى المجني عليه وهو في ذلك كالأجنبي كما هو واضح ( ويان الحال ) ان العبد المرهون لو جنى على من يرثه السيد كأبيه وابنه فان كانت على الطرف عمدا كان للمجني عليه القصاص في الطرف ويبقى الباقي رهنا كما كان وله العمو على مال ولو كانت خطأ ثبت المال وان كانت على النفس عمدا فليسيد قتله لانه لا يخرج عن الجناية على نفس السيد أو الاجنبي والقصاص ثابت فيهما ( والحاصل ) انه يثبت للسيد ما كان ثبت لمورثه من الحكم قصاصا ومالا فله الاسترقاق في العمد والعمو على مال وييمه اذا كانت نفسا اما الاسترقاق والبيع فلاه أشبه الملك الجديد له ولان لصاحب الجناية القتل والتملك فله التخليص من الرهن بالاولى ووجه العمو ظاهر وله فكه من الرهن اذا كانت خطأ مع الاستيعاب أو كان المورث قد مات فيما اذا كانت على الطرف قبل الاستيفاء وله العمو فيبقى رهنا وهو ظاهر وقد يوم هذا انه يجوز الافتكاك اذا جنى خطأ على طرف المولى وجواز الفك في العمد اذا كانت على نفس المولى كما احتله المولى الاردبيلي وليس كذلك للفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه مع ان الحق للمولى في الموضوعين ان الواجب في الجناية على المولى له ابتداء فلا يثبت له على ماله مال وأما الجناية على مورثه فالحق فيها ابتداء للمجني عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من المورث وان كان دية لانها محسوبة من تركته تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه لانها نجب في آخر جزء من أجزاء حياة المقتول وكما لا يتمتع ثبوت مال لمورث المولى على عبده لا يتمتع انتقاله عنه اليه فيفك عن الرهن لذلك وقد نهوا بالفرق على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله الى سيده ويبقى رهنا للوجه الذي اتفق و كان المال للسيد ابتداء وامله اذ لم يرجح في التذكرة شيأ والضمير المحرور في قوله فيه يعود الى العمد ولو قدمه مع جاره على القصاص أو اخره كما في بعض النسخ عن الرهن لكان أولى . قوله . ﴿ والمقابل مع عدمه ﴾ أي له افتكاك المقابل للجناية في العمد والخطاء على المورث مع عدم الاستيعاب والباقي يبقى رهنا ووجه ظاهر مما سلف . قوله . ﴿ ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه الا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويبطل حق المرتهنين والعمو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفى بغير مال فكفمو المحجور ﴾ اذا جنى العبد المرهون على عبد آخر للمولى فاما أن لا يكون مرهونا ويكون وعلى الثاني اما عند غير مرتهن الجاني أو عنده وعلى الاول اما أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وعلى الاول اما أن يقتص أو يعمو على مال أو بدون مال أو يطلق العفو وعلى الثاني أي اذا كانت خطأ فاما أن تكون قيمة المقتول مستوعبة لقيمة العبد القاتل أو مساوية أو أقل وان كان مرهونا عند مرتهن الجاني فاما أن يتحد الحق أو تعدد فان تعدد فاما أن تتساوى القيمان وتتساوى القيمان قدرا وجنسا أولا وعلى الثاني وما أن



يتفق القيمان ويختلف الحقان واختلاف الحقين اما بالجنس أو القدر أو بهما وأما بالحلل والتأجيل أو  
 بالتأجيل مع التفاوت في الأجل أو ينعكس الامر بان يتفق الحقان ويختلف القيمان ( اذا عرفت هذا )  
 فان لم يكن رهنا كان لسيده أن يقتص منه لان العبد كفو للعبد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير  
 والدروس الا أن يكون المقتول ابن القاتل كما في الثالثة الاخيرة وقد اتفقت الاربعة على انه ليس له  
 أن يعفو على مال يبيع العبد المرهون ويقتص ثمنه هذا اذا كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ لم يثبت  
 المال وكانت هدرا ويبقى العبد القاتل رهنا وان كان العبد المقتول رهنا عند غير مرتين الجاني وقد  
 قتل عمدا كان للسيد القصاص أيضا كما في الكتب الاربعة لان حق القصاص مقدم على حق المرتين  
 لان ما أوجب المال مقدمه فاقصاص أولى وكان السيد أيضا أن يعفو على مال لحق المرتين لانه بنفسه  
 لو جنى على عبده المقتول وجب عليه أرش الجناية فبالاولى أن يثبت على عبده فيتعلق المال حينئذ  
 بركة العبد حق مرتين المقتول كما في الكتب الاربعة وجامع المقاصد أيضا وان عفى على غير مال أو  
 عفى مطمئن فهل ثبت المال فيه قولان فمن قول ان جناية العمد توجب القصاص ويثبت المال بالعفو  
 كما هو مذهبنا كما في التذكرة صح العفو على غير مال ومطلقا ولم يكن مرتين مطالته بالعفو على مال  
 لان اختيار المال ضرب من الاكساب والراهن لا يجبر على ذلك لحق المرتين ومن قال ان الواجب  
 أحد الامرين اما القصاص وأما الدية فإذا عفى عن القصاص ثبتت الدية فلا يصح العفو عن القصاص  
 على غير مال وعفوه حينئذ كعفو المحجور عليه بنفس كما عرح به في (التذكرة) فكل موضع يصح فيه  
 العفو من المحجور عليه وهو حيث لا يكون العفو عنه ما لا يصح ومالا فلا وحينئذ فلا بد في صحته أي  
 العفو من وقوع العقد على الدية ثم ان ما ذكره في التذكرة من أن مذهبنا ان جناية العمد توجب  
 القصاص والمال انما يثبت صنحا انما هو بالنسبة الى الاحرار وأما العبد فانه اذا قتل الحر كان الولي  
 من قول الامر مخبرا بين استرقاقه وقتله قول واحد والظاهر انه كذلك في الاطراف وكيف كان فما  
 نحن فيه ليس من هذا التبيل ثانيا من جيد جد وان كانت الجناية خطأ وحسب المال ومهما وجب المال  
 بالعفو أو كانت الجناية خطأ أو عمدا يوجب مال ينظر ان كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو ممتلكها  
 فقد قال الشيخ في المبسوط انه يباع لانه ربما رغب فيه رغب فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند  
 مرتته وقال بعض العامة انه ينقل الى يد مرتين المجني عليه رهنا وينفك من رهن مرتته واحتمله  
 في التحرير لانه لا فائدة في بيعه والاول أولى كما في التذكرة لان حقه في مال العبد لاني العين وهو  
 متجه ذلم بجر اليه وانما تعلق به حق مرتين المقتول بسبب الجناية وان كان الواجب فيهما  
 أقل من قيمته فعلى الوجه الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتين القاتل وعلى الاول يباع منه  
 قدر الواجب ويبقى الباقي رهنا فان نعتد بيع البعض أو نقص بالتشخيص بيع الكل وجعل الزائد عن  
 الواجب عند مرتين القاتل قال في (التذكرة) وهذان الوجهان انما يظهران فيما اذا طلب الرهن الثقيل وطلب  
 مرتين القاتل لبيع ففى وجه يجب هذا وفي وجه يجب ذلك اما اذا طلب الرهن البعير ومرتين المقتول  
 لنفسه يوجب رهنه لانه لا فائدة في بيعه في عينه (واعترضه) في جامع المقاصد بان قد تقول على الوجه  
 الثاني يجب مرتين المقتول على نفسه لانه ان تم دليه وهو ان البيع لا فائدة فيه فينفك من رهن الاول  
 ويتعلق به حقه عين اجابة وما عمل به من انه لا حق له في عينه وهو دليل الوجه الاول ان تم اقتضى  
 ترجيح الاول على الثاني ولو تفق الرهن والمرتين على احد (الفعاين خ ل) التملين تعين ولو اتفق

الراهن ومرتهن المتقول على النقل فنجد الجويني على ما حكى عنه انه ليس لمرتهن القاتل المناقشة فيه وطلب البيع ومقتضى دليل الاول ان له ذلك كما ذكر ذلك كله في التذكرة وان كان العبد المتقول رهنا عند مرتهن العبد الجاني واختار المالك المعوقى الدية وتعلقت برقبة الجاني أو كانت خطأ على ماسبق فللمرتهن أن يتوثق لدين القاتل بالقاتل حيث يتأني له ونحصل له فائدة (وتفصيل) ذلك أن يقال انه اذا نهد الحق فالجناية هدر اذا لا توثق ولا فائدة فيه وان تعدد فان تساوت القيمتان وتساوى الختان قدرا وجنسا فالجناية هدر كذلك لما ذكر الا ان يكون دين المتقول اصح واثبت من دين القاتل كأن يكون مستقرا ودين القاتل عوض شيء يرد بيبب او صدق قبل الدخول فيحتمل قتله وعدمه ومع النقل يباع ويكون الثمن رهنا او يتفقا على التبقية كما نبه على ذلك كله في المبسوط والتحرير وفي (التذكرة وجامع المقاصد) ان الاصح ثبوت نقل التوثيق فيباع ويقام عنه مقام القاتل أو يقام عينه مقامه على الوجهين السابقين وقال في (التذكرة) لو اتفقا على البيع فلا بحث ولو تساوى الدينان في الاوصاف وحكمنا بعدم النقل فقال المرتهن اني لا آمنه فقد جنى فيعموه وضوائمه مكانه فالاقرب اجابته دفعا لاحتمال الضرر عنه وواقفه على ذلك في جامع المقاصد وان تعدد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل صح للمرتهن أن يتوثق لدين المتقول بالقاتل لانه ان كان الحال دين المتقول قد يريد استيفائه من ثمنه في الحال وان كان الحال دين القاتل قد يريد الوثيقة للموئجل ويطالب الراهن بالحال في الحال ومثله لو كانا مؤثجلين وأحد الاجلين أطول وان اتفقا حلولا وتأجيلا فاما أن يتفقا جنسا وقدرا أو مختلفا فان اتفقا واختلف العبدان في القيمة وكانت قيمة المتقول أكثر فالجناية هدر لا تنفاه الفائدة كما لو تساويا كما مر وان كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القاتل الى دين القاتل وبقي الباقي رهنا بما كان وان اختلف الدينان قدرا لاجنسا فان تساوت قيمة العبدان أو كان القاتل أكثر قيمة فان كان المرهون بأكثر الدينين القاتل فله التوثيق بالقاتل لان التوثيق لا أكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة بخلاف ما لو كان القاتل مرهونا بأقله فلا فائدة في النقل حينئذ وان كان القاتل أقل قيمة وكان مرهونا بأقل دينين فلا فائدة في النقل وان كان مرهونا بالأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القاتل الى الدين الاخير (الآخر خيل) ويبقى الباقي رهنا وان اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر أو الحول والتأجيل كما نبه عليه في المبسوط والتحرير وصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وقد جزم في التحرير في هذه المواضع بالبيع وجعل الثمن رهنا ولم يلتفت لاقامة العين أو بعضها مقام القاتل ونحوه ما في المبسوط ولعله لانه انما تعلق الارش لحقه لا امتناعه لولا ذلك فله حينئذ تحصيل الارش ببيعه خصوصا اذا حصلت فائدة أخرى بالنسبة الى الدين الآخر بأن يطلبه طالب بزيادة لكن هذا انما يدل على انه له بيه كما في الكتاب وهو المراد من عبارة التحرير قطعا وان أوم ظاهرها خلاف ذلك (اذا عرفت) هذا فقد لى عبارة الكتاب فعنى قوله فكمولاه انه يقتص منه في العمد وتفريع تبوت قتله ثمولى على المستثنى قد قال في جامع المقاصد انه غير جيد لان هذا ثابت على كل حال وأنت خير بأن المقصود بالذات في التفريع انما هو المعوق على مال لكونه محل خفاء فذكر القاتل تمهيدا له والمراد بقوله كمنوا المحجور عنوا المحجور عليه بالفلس ومعنى قوله ولو أوجبت ارشاً فلثاني أن الجناية لو كانت خطأ بحيث توجب الارش فحق الرهانة فيه للمرتهن الثاني حيث ان الجناية مضمونة لحقه فيتعلق الارش المذكور برقبة القاتل ويتعلق به حقه وقونه ولو نهد المرتهن وتغاير الدين فله بيه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر لا يلجئ من مناقشته

وتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي (وكذا لو أتلفه الراهن خ) ولا يتعلق بها  
الوكالة ولو صارت البيضة فرخا والحب زرعاً فالرهن بحاله وإذا لزم الرهن استحق المرتهن  
إدامة اليد (متن)

لأن إطلاق البيع بمجرد المغايرة غير متجه لما عرفت مع قصوره عن تأدية أحكام المسئلة التي ذكرها  
في التذكرة والتحرير ومثل عبارة الكتاب عبارة الدروس قال ولو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل  
الجناية بدلا من الجني عليه لمرتهنه انتهى فتأمل ومعنى قوله وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه  
والبقي رهن انه اذا جنى خطأ فالحكم فيه كالحكم في العمد اذا عفى المولى على الدية اذا استوعبت  
الجناية فتأتي جميع الأحكام السابقة والظاهر أن قوله مع الاستيعاب قيد فيهما أي العمد والخطأ لاني  
الخطأ وحده لا لجانبة العمد قد لا تستوعب وان (١) المرتهن يبيع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب  
وعن التبيد في بعض حواشيه ان هذه الزيادة متروكة في بعض النسخ واعلمها أولى بالترك  
حاشية قوله يترتب - ﴿ ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي وكذا لو أتلفه الراهن ﴾ لأن معنى  
الرهن الاستيثاق بأمين يستوفي الدين من قيمته فان جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض يكون  
ذلك هو الرهن وكما أن أي ائتمية صارت ملكا لملك تكون رهنا للمرتهن وان كان العقد انما جرى  
على ائتمن وكان الحكم جاعلي اذ لا نجد فيه خلافا وكذا لو جنى عليه أي المرهون فوجب الارش  
فانه يكون رهنا كالأصل وليس من الزوائد لانه بدل جزء من المرهون وفصل الراهن عن المرتهن  
والاجنبي لا ينفى وجهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تتعلق بها لو وكالة ﴾ لاتعلق الوكالة في بيع العين بالقيمة  
بل تبطل لانها كانت في العين دون قيمتها ولا دليل على تعلقها بها بخلاف امساك العدل لانها بدل  
الرهن وله امساك الرهن وحفظه القيمة قائمة مقامه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صارت البيضة فرخا والحب  
زرعاً فالرهن بحاله ﴾ كما في اشترائع وغيرها لان هذه الاشياء نتيجة له ومادتها له فلم تخرج عن ملكه  
بالتغيير والاستحالات المتجددة صفات حصلت فيهما وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكونات  
متعقبة خلقها الله تعالى فيها وهبها له قلت هنا مستثنان (الاولى) انها تبقى على ملك المالك وهذه  
التغييرات لا تفيد اتمام ملكا كما هو خيرة الشيخ وجاعة من العامة تنزيلا للعين منزلة التالف فغايبه ضمان  
المثل والقيمة وهو ضعيف جدا والجمهور مناع على خلافه وفي (مجمع البرهان) الظاهر عدم الخلاف فيه وكأنه  
لم يطع على خلاف الشيخ لانهم يذكرون المسئلة في باب الغصب ويدل عليه رواية عقبة بن خالد قال  
سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء  
صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا فقال للزارع زرعه  
واحد حب الارض كرى أرضه والشهرة تجبر السند والدلالة (والمسئلة الثانية) كون الفرخ أو الزرع رهنا  
بأجنبي على ما كان الحب رهنا عليه وهذا أيضا كانه مجمع عليه اذ لا يخالف لما أشرنا اليه من أن الزرع  
في حب كالمعين في الحيران فلا مانع وان قلنا ان الزرع لا يدخل في الرهن على ما مر بيانه (وقد يقال) أن  
متعددا من الحب من يزرع يكون رهنا ويكون شركا كما لو امتزج فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا لزم  
رهن استحق المرتهن ادامة اليد ﴾ هذا يوافق أن التمض شرط في صحة الرهن وقد سبق للمصنف

(١) مصنف على قوله انه اذا جنى (منه قدس سره)

وعلى الراهن مؤنة المرهون وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان ويمنع من قطع السلع (متن)

التردد في ان للمرتهن مطالبة الراهن بالقبض فيقول بما في جامع المقاصد بأن براد باستحقاقه اقامة اليد أصل الاستحقاق وان كان غير تام فن الحق في ذلك لكل من الراهن والمرتهن ولهذا لا يجوز لاحدهما الاستقلال باثبات اليد عليه انتهى وكأنه غير متجه على شيء من الاقوال الثلاثة أو القواين ولا على شيء من الوحيين في بيان الاشكال السالف على اختلاف الاحتمالات والاقوال وقد سلف للمصنف في مقام آخر أن الراهن لا يجبر على الاقباض فلا بد من مراجعة ما حررنا في أوائل الفصل الخامس في القبض فانا قد أسبغنا الكلام في أن له المطالبة أم لا وهل يجب اجابته أم لا وبيننا الحال في ذلك على جميع الاقوال والاحتمالات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الراهن مؤنة الرهن (مرهون خل) ﴾ حيوانا كان أو غيره كما في (المبسوط) وغيره وقد تقدم (وهو خل) وكأنه مما لا خلاف فيه والوجه فيه ظاهر لانه المذكور ولما رواه العمدة عن سلى الله عليه وسلم الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ومن طريق الخاصة نظر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب به نفقته وقد قلنا ان المرتهن ممنوع من التصرف وان المنافع للراهن فتكون نفقته عليه وهل يجبر على هذه النفقة الظاهر ذلك وللشافعي وحران ثانيهما انه لا يجبر بل يبيع القاضي جزءا من المرهون بحسب الحاجة وانه يلحق بما يفسد قبل الأجل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي لاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ﴾ هذه كلها داخلة في المؤنة ولكنه أراد التنصيص عليها وفي (المبسوط) والتحرير (الدروس) وغيرها ان له دعي المشايبة ومن خاص ماله قيد في الجمع وقد خالف أبو حنيفة في أجرة الاصطبل والبيت وأجرة من يرد العبد من الابق وما أشبه ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان ﴾ كما في (المبسوط) والتذكرة والتحرير وغيرها وقيد الختان في حواتي الكتاب بكونه في ازمان المعتدل وان لا يحل الحق قبل برئه ولا يحصل بذلك تقص في الثمن قال فله المنع حينئذ ولا يجبر الراهن عليها وكذلك الشاة في المداواة بالادوية التي لا خطر فيها كما في (المبسوط) والدروس وجامع المقاصد والمسالك ولا يمنع من انزاع الفحل المرهون ولا من الانزاع على الاثني غير الآدمية عند الشيخ في (المبسوط) ومنع منهما في التحرير والدروس وحواشي الكتاب وجوزله في التذكرة ما فيه مصلحة قال ولا يجوز للمرتهن منعه ولا يجبر الراهن على ذلك ونحوه ما ذكره الشهيد وأبو العباس والصيمري والشهيد الثاني حيث قالوا يجوز بما يعود به النفع على المرتهن ان لم يؤد الى النقص وقد تقدم الكلام في ذلك في الكلام على منعها من التصرف حيث استثنى ذلك وقلنا هناك قد يعل بمحصل الاذن في ذلك بالفحوى لكنه خرج عن الفرض فليراجع وقد طفحت عباراتهم بأن له تأبير النخل كالشيخ والمصنف والشهيدين (وأبي علي خل) والصيمري وغيرهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنع من قطع السلع ﴾ كما في (المبسوط) والتذكرة والدروس وغيرها (قلت) المدار على ظن السلامة مع النفع والمصلحة وفي (التحرير) لا يجوز للراهن ضرب الجارية للتأديب وغيره الا اذن المرتهن وفي (المبسوط) اذا ضربه باذنه ومات لم يضمن وان لم يأذن ضمن ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المتخصص جوارزه

ولو رهن الناصب فللمالك تضمين من شاء ويستقر على الناصب وكذا المودع والمستأجر  
والمستعير من الناصب هذا ان جهلوا ولو علموا لم يرجعوا عليه وأحكام الوثيقة كما ثبتت  
في الرهن ثبتت في بدله الواجب بالجناية على المرهون والمخصم في بدل الرهن الرهن فان  
لمتنع فالاقرب ان للمرتهن أن يخاصم ( متن )

بالمولى لا مطلقا لان الامر بالمعروف واجب عموما ﴿ قوله ﴾ ولو رهن الناصب فللمالك تضمين  
من شاء ويستقر الضمان على الناصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الناصب هذا ان جهلوا  
ولو علموا لم يرجعوا ﴿ العالم من هؤلاء الاربعة بالنصب غاصب يرجع المالك عليه ان شاء ويستقر  
الضمان عليه اذا تلف في يده وكذلك الحال في المضارب والوكيل في بيعه وأما الجاهل منهم فلا يستقر  
عليه ضمان اذا تلف في يده الا المستعير اذا كانت العارية مضمونة بالاصل كالذهب والفضة أو بالشرط  
لان الجاهل منهم دخل على انه غير ضامن وان العيين أمانة في يده والمغرور يرجع على من غره كما  
سيصرح به في باب النصب وأما المستعير عارية مضمونة فقد دخل على الضمان وقد استقر التلف في يده  
فيستقر الضمان عليه وقد يحتمل ضعيفا عدم لغوره وليس بشي لان الضمان غير ناش عن النصب بل  
عن كونها مضمونة كما هو ظاهر وأما حال الجاهل منهم باعتبار رجوع المالك عليه فلظاهر منهم في غير  
موضع كما تقدم مرارا وكما يأتي في باب النصب ان له الرجوع عليه وبه صرح جماعة كالمحقق الثاني في باب العارية  
وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال في المقام الحق عندنا نعم لكن ظاهر الكتاب في باب العارية انه لا يرجع  
على الجاهل منهم قال ولو استعار من الناصب عالما بالنصب فللمالك الرجوع على من شاء بالاجرة وارش  
النقص واقعية لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الناصب الجميع الا ان يكون  
ذهبا أو فضة انتهى وقد تأول كلامه في جامع المتأصد بان المراد ان مع الجهل يستقر الضمان على  
الناصب وليس المراد انه ليس له الرجوع عليه والمودع في العبارة بمنح الدال ﴿ قوله ﴾ وأحكام  
الوثيقة كما ثبتت في الرهن ثبتت في بدله الواجب بالجناية على المرهون ﴿ أي فيكون رهنا كالأصل فيجعل  
في يد من كان الاصل في يده من المرتهن أو المدلل وهل يكون رهنا من حين ثبوته او بعد تعيينه  
احتمالان للثاني انه قبل التعيين دين والدين لا يكون رهنا فاذا تعين صار رهونا والحالة المتخللة  
كنخير العصير وتخلله بعد ذلك وللأول ان المسلم انه لا يرهن انما هو الدين ابتداء وقد اطلق في  
المبسوط وغيره ان بدل الرهن رهن وقد سبق مثل هذا واعاده لكونه انص واشمل مع ما فيه من  
التمهيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمخصم في بدل الرهن الرهن ﴾ مما لأجد فيه خلافا حتى من العامة اذا لم  
يتمتع عن المحصوم لانه هو المالك لرقبته والأرض ملكه وليس للمرتهن الا حق الوثيقة فان احب  
المرتهن ان يحضر خصومته كان له ذلك فإذا قضى للرهن بالأرض تعلق به للمرتهن حق الوثيقة وكذلك  
ان بعد المستأجر والمودع المخصم فيها المذنب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن أن  
يخصم ﴾ كما في التذكرة والأيضح وجمع المتأصد لانه حقه متعلق به كما لو كان الجاني سيده فكان  
له الطلب به والوصول الى تحصيله ولما في منعه من ذلك من ضرر وقد يظهر من المبسوط والتحرير  
العدم لا تنفذ كونه مالا فلا يستحق المطالبة (وقد يقال) ان المذنب في استحقاق المطالبة على ثبوت الحق

ولو نكل التريم حلف الرهن فان نكل ففي احلاف المرتين نظر فان عفا الرهن فالاقرب  
أخذ المال في الحال لحق المرتين فان اتفك ظهر صحة العفو والا فلا (متن)

وهو اعم من الملك ومثل امتاعه ما اذا كان غائباً او اخر المطالبة ﴿ قوله ﴾ (ولو نكل التريم  
حلف الرهن) اذ اردت اليمين عليه قولاً واحداً ﴿ قوله ﴾ (فان نكل ففي احلاف المرتين  
نظر) وفي التذكرة للشافعي قولان كما في بين التريم اذا نكل الوارث وفي (التحرير والايضاح وحواشي  
الشبيد وجامع المقاصد) انه لا يجوز له ان يحلف لان بين شخص لا يثبت مال غيره مما اجمع على عدم  
شريعته فالتوصل الى حقه انما يسوغ حيث تكون الوسيلة جائزة شرعاً ووفق بينه وبين استحقاق  
المطالبة لعدم المانع من الثاني وعدم توقفه على شيء بخلاف الاول ووجه الجواز ان حقه متوقف على  
اليمين وبدونه يلزم الضرر بضياعه فيجوز له اثباته باليمين وقد ظهر وجه ضعفه ﴿ قوله ﴾ (فان  
عفى الرهن فالاقرب اخذ المال في الحال لحق المرتين فان اتفك ظهر صحة العفو والا فلا) قال في  
(التذكرة) ان عفى الرهن لم يصح عفو فيه قول ان العفو موقوف ويؤخذ المال لحق المرتين فان  
اتفك يرد الى اجابي وبان صحة العفو والا بان بطلانه انتهى زقد اختاره هنا واستدل عليه في (الايضاح)  
بان فيه جمعا بين الحقيين وبانه لا مانع الا حق المرتين فاذا اتفك انتفى المانع ثم بين وجه قول انصف  
ظهر صحة العفو بان الامور العدمية لا توصف بانها موقوفة بل تكون مراعاة وما يدل على صحتها  
كالتف والكشف هو دليل على سق العلة المؤثرة التامة واما الموقوف عليه فهو من تمام العلة اعني  
علة الصحة او اللزوم (قلت) نذر الاعداء المتقرب بها اذا كان معلفا كانت موقوفة ومما تقدم علة الصحة  
اجازة المالك عقد الفضولي بنا على انها ناقلة ومثال اللزوم اسقاط ذي الخيار خياره وحاصل كلامه  
بيان الفرق بين المراعى والموقوف بان المراعى يكون موجود ما يتوقف عليه الحكم به كاشفاً عن صحته  
في نفس الامر حين وقوعه والموقوف يكون وجود الموقوف عليه الحكم سبباً فالامور العدمية يتمتع ان  
تكون موقوفة والعفو عدمي لان المقصود منه الاسقاط وهو اعدام ما في الذمة فيكون مراعى انتهى  
فليحفظ ذلك وليأمل فيه وقد عبر في التذكرة بأن العفو موقوف وقد تقدم لنا في الفصل الثالث في  
العاقدي اوائل الكتاب ما نه فع في المقام وصف استدلال الايضاح في جامع المقاصد بانه لم يتحقق  
ثبوت حق للجاني الى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتين وما نية حق المرتين من صحة العفو تقتضي  
بطلانه وقت انشائه فكيف تنكشف بعد صحته في حال وجود المانع واررد على ما ذكره من تفسير معنى  
المراعى والموقوف ورتب عليه ان العفو مراعى ان العفو اما ان يكون سبباً تاماً او لا فان كان لا اول زم اما  
تأثيره مع وجود المانع او بطلانه وان كان الثاني لزم كونه موقوفاً انتهى (قلت) قد سبب في عقد  
الرهن على الرهن ثم اتفك (فتك خ ل) ان الاقرب لزوم العقد ووجهه بان المتني بسبب تم غاية  
ما في الباب ان المانع موجود وهو لا يخل لوجود السبب تام من الرهن الذي عو المالك وعمو يتاني  
ما هنا ثم ان قضية ذلك ان لا يصح عقد الرهن اذا اتفك امرهن بعد ذات كما هو خيرة الشهيد وغيره  
لكن الظاهر ان اكثر المتأخرين على النفي لانه مبني على التغليب فيخرج بذلك عن ذلك ويبقى  
الحكم هنا هو البطلان لوجود حق المرتين المتاني لوقوع العفو وقد استوفينا الكلام في لعق وشيره  
من الايقاعات والعقود اذ اوقعها الرهن وتعبها الفت والاجزة وانه هـ في الفرق لا وهل

ولو أبرأ المرتهن لم يصح والاتقرب بقاء حقه فان الأبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه كما لو وهب  
الرهن من غيره ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن ( متن )

يفرق فيها بين ما تعبه الفك وبين ما تعبه الاجازة في اوائل الفصل الثالث في العاقد فيلرجع اليه من  
اراد الوقوف عليه عند شرح قوله ولو بادر احدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا الى آخره وحكي  
في الايضاح عن المصنف وجها ثالثا وهو صحة العفو وانه يضمن الراهن للجاني مع عدم الفك لان  
ماله ذهب في قضاء دينه فله غرامته كما لو استعارة للرهن واستغربه المحقق الثاني وهو كذلك  
وكيف كان فالاصح فيما نحن فيه بطلان العفو وانه له اخذ المال في الحال كما هو خيرة التذكرة كما عرفت  
والتحريير وجامع المقاصد ويبغي لكل من قال بطلان عتق الراهن فيما سلف ان يقول به هنا بالاولى  
لان حق المرتهن متعلق بالعين وارثتها وبدلها والراهن ممنوع من التصرفات التي تنافي ذلك لكن  
الوافق بالتقواعد والموافق لما سلف لنا ان العفو يقع موقوفا اي مراعى كما هو الشأن في العقود  
والايقاعات وربما احتل علم جوار اخذ المال في الحال وهو خلاف الاقرب في كلام المصنف لان  
العفو عنده لا يقع باطلا بل مراعى كما عرفت فاذا وقع العفو بما نفذ في الواقع وان لم يظهر لنا لتوقف  
الانكشاف على الانفكاك وعدمه فكيف يؤخذ حق يحتمل ان لا يكون ثابتا في الواقع وضعفه ظاهر لان  
انقطع به لا يدفع بالمحتمل اذ حق المرتهن مقطوع به فكيف يترك لآمر محتمل هذا على تقدير عدم  
بطلان العفو والمراد بالمال في عبارة الكتاب ما اوجبه الجناية او الائتلاف **قوله** ﴿ ولو أبرأ  
المرتهن لم يصح ﴾ قولا واحدا لانه ليس بمالك للارث فكيف يبرأ منه وصيغته ان يقول اسقطت  
الارث وابرئت منه او يقول ابرأتك مما في ذمتك وهذا اوفق بلفظ التضمن الذي يأتي في كلام  
المصنف وعلى الاولين يكون اطلاق التضمن على المجاز والتوسع لان سقوط حقه لازم لصحة الأبراء  
**قوله** ﴿ والاتقرب بقاء حقه فان الأبراء الفاسد يفسد ما تضمنه كما لو وهب الرهن من غيره ﴾  
كما هو خيرة جامع المقاصد لان الأبراء فاسد قطعا وقد تضمن سقوط حقه لامتناع بقاء حقه مع صحة  
الأبراء في حيث وقع التضمن فاسد فالتضمن كذلك اذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء  
متبوعه كما هو الشأن فيما اذا وهب المرتهن المرهون من انسان قابلية باطلة والرهن باق ولأن سقوط  
حقه ما ان يثبت بتصريحه والمفروض انه لم يصرح او باتبات علقه كقوله صلى الله عليه وسلم ايقتص  
اد حرمعة هذا متفق عليه اي ابراء المرتهن لانه باطل او باتبات ملزومه كقوله اعتق عبدك عني فانه  
يستلزم الملك ولا ملو له وفي ( التذكرة والتحريير ) ان لا يقرب سقوط حقه من الوثيقة بهذا الأبراء  
ويخلص المأخوذ لرهن كما لو صرح باسقاط حق الوثيقة لان الأبراء اذا اقتضى امرين قدامت مع صحة احدهما  
لما منع فان الآخر يصح اقتصارا ببطلان على موضعه ولان ابراءه ابلغ في اسقاط حقه من الصيغة المصرحة  
به لانه حكم بنفي ائمة والحكم بنفي المبلغ في نفي المعلوم وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة  
من دون حكم بنفي عتقه لانه استدلال بالائمة على المعلوم وكان لئلا ولعله مال اليه او قال به في  
الايضاح وأت خبير بان ذلك كذلك اذ كان الأبراء صحيحا وفي ( جامع المقاصد ) انه ضعيف  
**قوله** ﴿ ولو اعتاض عن الدين بطل رهن ﴾ بطل الرهن بالقضاء والأبراء والحوالة والضمان  
والاقالة المسقطه لثمن المرهون به والمسلم فيه المرهون ويفسخ الرهن منها ومن المرتهن وحده وبتلف

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالثاني على اشكال اقره ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه (متن)

المرهون بأفة سماوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال اقره ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه ﴾ لو أدى بعض الدين او ابراه هو منه بقي كل المرهون رهنا بالباقي لان الرهن رهن على الحق وعلى كل جزء منه نظرا الى غالب الوثائق فان الاغلب تعلق الاغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن كما هو خيرة لمسوط والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وظاهر السرائر وفي (المسوط) الاجماع عليه (وقدي محتج) عليه بعد الاجماع وهو الحجة ان التقسيط يقتضي نه اذا تلف جزء من المرهون لا يبقى (الباقي خل) الرهن رهنا على الكل بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعا فكان الشأن فيه كما هو الشأن في حق الحبس وعق المكاتب فانه يبقى ما بقي شيء من الثمن ولا يعتق من المكاتب شيء ما بقي المال وكان لمحقق الثاني والمولى الخراساني مترددان حيث لم يرجعا شيئا واختار المصنف هنا وولده في الايضاح اتوجع والتقسيط وقد حكاه الشهيد في حواشيه عن خط المصنف ومال اليه صاحب المسالك لان رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة بالابض كما هو مقتضى كل معاوضة كالبيع ونحوه فاذا برأ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسبه فمن النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا لان اطلاق المقابلة بين الامرين يقتضي ذلك (وفيه) بعد مخالفته للاجماع المقول انه يشكل بما أشرنا اليه آنفا من انه اذا تلف جزء من المرهون أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل اجماعا (وقد يجاب) بما ذكرناه في توجيه الاحتمال الاول من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن فمرجهه الى دلالة العرف على هذا المعنى فيصير حاصله انه ينفك من الرهن مقابل ما أدى من الدين فاذا تلف مثلا نصف الرهن بعد الاداء لمقابله كان نصف الباقي رهنا ونصفه طلقا ولا كذلك لو تلف نصفه قبل أداء شيء من الدين فان الباقي كله رهن على جميع الدين وهذا هو الذي ذكره الشهيد في الدروس وهناك احتمال ثالث اسبه في المسالك الى المصنف في القواعد وقد يلوح من أول كلام الايضاح انه خيرة الكتاب لكنه في آخر كلامه صرح بما حكيناه عنه وفهمناه من عبارة الكتاب لكن الشهيد في الدروس لم يذكر الا هذا الاحتمال ولا احتمال الاول وظاهره ان في المسئلة قولين لا يعبر عكس ما في جامع المقاصد حيث لم يتعرض له أصلا وانما ذكر الاول والثاني (وكيف كان) فهو أن الرهن انما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث انه مجموع فاذا ارتفع بعض الدين بأحد الاسباب ارتفع المجموع ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه فعلى هذا يطل رهن بسقوط جزء من الدين وان قل وهو كما ترى يخالف العرف والمعروف في الوثائق وعلى تقدير صحته لو بدل الرهن تسأ من الدين فهي وجوب قبوله في غير ما يلزم منه قص المال كمال السلم وثمن لمبيع نظر من أدائه الى الضرر بالانفاسخ ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن أن يحق هذا الرد بنقص ماية فان بطلان الرهن موجب للنقص خصوصا مع عسار الراهن فيؤدي الى الضرر المنفي ويحجي هذا الاشكال فيما اذا شرط في متن عقد الرهن أن يكون كذلك ويحتمل قويا احدا حيث وجوب القبر بتحية الشرط وقد علم ان هذا كله اذا أطلق أما اذا شرط كونه رهنا على مجموع الاعلى كل جزء منه شرط





ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في الرهن المستعار من شخصين ولو دفع أحد الورثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال اما لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي هنا واذا انفك نصيب أحد مالكي الرهن فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كانت مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون أولا كالعبد (متن)

﴿ ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في الرهن المستعار من شخصين ﴾ لان الوكيل وان تعدد يده يد الموكل وكذا لو تعدد المير مع اتحاد الراهن لان الانتفاع بالعين المستعارة في جعلها رهنا حتى للراهن والمخالف في ذلك ساهي في أحد قوله فانه قال في أحد القولين لو كان لاثنتين عبد فاستعاره واحد لرهه ثم أدى نصف الدين عن نصيب أحدهما عينه انفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه فقد طُ إلى تعدد المالك وقطع النظر عن المستعير الماقد وهذا قد احتج به في التحرير وعليه فان علم المرتهن تعدد المالك فلا خيار والا احتمل ثبوته وعدمه - قوله ﴿ ولو دفع أحد الورثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال ﴾ هذا أيضا تقدم الكلام فيه في الفصل المشار اليه ورجحنا هناك عدم الانفكاك لان الرهن في الابتداء انما صدر من واحد وقضيته على المختار حبس كل المرهون الى أداء كل الدين واحتمال الانفكاك ملحوظ فيه ان الشان فيه الآن كما لو رهن في الابتداء اثنان وكيف كان ولاشكال من المصنف لعله في غير محله بل اختياره انه مع الاشتراط يكون الرهن رهنا لكل جزء وبدونه على ما يتضيه التيسيط اذ مع الاشتراط لا ينفك قطعا وبدونه يقتضى التيسيط يانم الانفكاك وفي (حواشي الشهيد) أن هذا مبني على ما تقدم وهو انه رهنه على الدين وعلى كل جزء منه - قوله ﴿ أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي ﴾ يريد أنه لو مات من عليه الدين وتعلق الدين تركته فقتضى بعض الورثة حصه من الدين والأقرب انفكاك حصته لان تعلق الدين بالتركة ان كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن على أنه لا رهن في اواقع وان تعلق الدين بها أضعف من تعلق الدين بالرهن ولهذا يمنع ا. اهن من التصرف اجماعا بخلاف الوارث فعليه خلاف والاصح منعه أيضا كما بيته فيما تقدم وان كان كتعلق الارش بالجاني فهو كما لو حتى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فانه يقطع التعلق عنه واحتمل العدم ينى على ما اذا أقر أحد الورثة بالدين وأنكر الباقر فعلى القول بأنه يجب على المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة لا ينفك وعلى القول بأنه لا يجب عليه ذلك كما هو مذمها سكت حصته رقد تقدم الكلام في المسئلة أيضا في الفصل المشار اليه - قوله ﴿ ولو دفع أحد مالكي المرهون وأراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون أولا كالعبد ﴾ اذا اتحاد المرتهن وتعدد الراهن فلو أراد القسمة من انفك نصيبه من الراهنين ففي (المسوط والتذكرة) انه ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب الشريك وانه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه الا باذن الشريك ونحوه في التحرير ووجهه أن حق المرتهن تعلق بمدت رهن فقط وتبني له عن ملكه عن ملك الشريك انما يكون رضاهم ولا دخل للمرتهن في ذلك مع ثبوته من القسمة تمنع ورضي



ولو قال به لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن لكن ماقبضه يكون مضمونا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ولو قال به لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح

﴿ الفصل السابع في النزاع ﴾ لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع بينته (متن)

مضي زمان يمكن فيه ماله نفع في المقام وقال في (جامع المقاصد) في كلام المصنف نظر للمنع من كون الاذن في الاستيفاء امرا بتجديد فعل ولو سلم فائبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد ولو سلم انه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل في المكيل والوزن في الموزون انتهى فليتأمل فيه جيدا

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال به لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن ﴾ هذا كله حكاه عن الشافعي في التذكرة واختاره هو فيها صحة القبض لانه يتسمن التوكيل وفي (الدروس) الاقرب جواز له نفسه باذنه وان لم يقبضه الراهن وان كان مكيلا او موزونا او طعاما ولو كان غير مقدر بهما فالظاهر انه لا اشكال فيه لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف وفي (جامع المقاصد) ان قبض الراهن ليس شرطا لصحة البيع ولا للملك الثمن فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن واداء الدين بما يملكه الراهن صحيح (قلت) ان كان الثمن مشخصا فبمجرد البيع يملكه الراهن وان كان في الذمة فبمجرد البيع يملك عليه امر كلياً في الذمة فاذا قبضه نفسه فهو باق على ملك المتري فكان قوله واقبضه لنفسك بمنزلة به لنفسك فلا بد من التمهيل على الوكيل كما هو الشأن في اذا امره ببيعه في بلد غير عن بلده فان قوله له حينئذ واقبضه لنفسك توكيل له في قبضه عنه واسره بالاداء تيقنا انه يتحقق القبض في المكيل من دون كيل ومعنى قوله لم يصح قبض الراهن انه لم يحصل قبضه وقبض المرهون فرع عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن ماقبضه يكون مضمونا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ﴾ معناه انه اذا قبضه لنفسه وكان القبض فاسدا اقتضى الضمان لكونه قصد دخوله في ملكه المستلزم انه اذا تلف يكون منه وهذا التمدر يكون هو المراد من الضمان بالقبض لصحيح ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو قال به لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح ﴾ الخالف في الاول الشافعي في أحد قوايه لان السابق الى لهنم من الامر بالبيع ان يبيع الانسان لغرضه وهو التوصل الى قضاء الدين فيأني قوله لنفسك وله في الثاني احتمالان أصحهما صحة الاذن والبيع ووفوعه للراهن كما لو قال لاجني به وهو الذي صرح به أصحابنا الذين تعرضوا له تنزيلا للمطلق على الصحة والثاني المنع لان البيع مستحق المرهون فتميد الاذن به ولانه منهم في ترك الامر مستحقا للوصول الى الدين وهو كما ترى ظاهر الفاسد لانه لو باعه دين تركه في ترك الامر مستحقا لعدم الاستتماتق والهمة والثاني على الثاني في النصل لسع في النزاع ﴿ قوله ﴾ ﴿ اختلغا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع بينته ﴾ لانه منكر بمعناه الباطنة لانه لا يترك ويوافق قوله الاصل بمعناه الثالثة والظاهر بمعنيه لانه لم والظاهر انه لا يخل بواجب وقد يكون هذا أصلا والظاهر براءة ذمته والظاهر ان الحكم محل وفاؤ وتركه الجمع لظهوره حتى لو كان في حاله كان تكون المعبر في يد المدعي ويحصل الاختلاف المذكور أنني الاشارة خلاف في رفرع . . . لانه هو المراد هنا

ولو ادعى دخول النخل في رهن الارض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس وأصر جعل نا كلا وردت على المرتهن اليمين وان عدل الى نفي الرهن حلف (متن)

لان الاختلاف في احواله سبتي فان القول قوله أيضا لان اليد لادلالة لها على الرهن على الملك (١) ولهذا لا تجوز الشهادة بها على الرهن ولا يكون من قبيل ما لو ادعى الزوج الاتفاق على الزوجة مع اجماعها ويساره وأنكرته فعمه الظاهر ومعها الاصل ثم انا اظننا على التذكرة فوجدناه قال لو اختلفا في أصل العقد فقال رب الدين رهنتي بكذا وأنكر المسالك كان القول قول الراهن مع يمينه سواء كان الشيء المدعى هنا رهنا في يد الراهن أو المرتهن قوله ﴿ولو ادعى دخول النخل في رهن الارض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس وأصر جعل نا كلا وردت على المرتهن بيمين وان عدل الى نفي الرهن حلف﴾ فسر العبارة في جامع المقاصد بان المرتهن ادعى دخول النخل في عقد الرهن الحاري على الارض فان أنكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت رهن الارض فان ذلك كاف في الحواب لاستزامه نفي رهنه انتهى فقد جعل انكار الوجود وانكار الدخول من سنخ واحد كأن يكون قال له انك قلت رهنتك الارض وما فيها فقال له في انكار الدخول انما قلت رهنتك الارض فالنخل ليس بداحل وفي انكار الوجود لا يجب الا بأن النخل لم يكن موجودا (قلت) قد يكون المراد في انكار الدخول ما فهمه الشهيد في حواتمه بأنه قال نعم قلت رهنتك الارض وما فيها لكن النخل لم يكن موجودا فلم يكن داخلا على ما فهمه المحقق المذكور انه أنكر العقد على النخل وعلى ما فهمه الشهيد انه انما أنكر الوجود لا العقد ويتنى على التفسيرين ان الحس لو كذب الراهن وأصر على انكار الوجود لا يحتاج الى جعله نا كلا ورد اليمين على المرتهن فلا مناص عما حكاه الشارح عن الشهيد من احتمال عدم اليمين بحس كذب الرهن كما هو كذب الحس دعوى المرتهن الدخول اتفت دعواه ولا حاجة الى اليمين وعلى تعديره لا من اليمين لانما حينئذ تبوت رهن النخل ولا يترتب من الكذب في عدم الوجود الكذب في عدم الدخول وعمل الذي دعاه الى ذلك تصحيح عبارة المصنف والا فلي ما فهمه الشهيد لا يتضح وجه قوله فان كذبه الحس وأصر جعل نا كلا ولا يصح قوله وان عدل الى نفي الرهن حلف لان معناه انه اذا عدل عن الاصرار على الحواب بانه لم يكن موجودا الى دعوى اني لم أقل رهنتك الارض وما فيها يكون عدولا الى نفي الرهن كما قال في انكار الدخول ومن المعلوم ان هذا لا يصح منه بعد اقراره بانه رهنه لانه لو ادعى فيه كذبه حيث لا معنى لتقييده قول المصنف وان عدل الى نفي الرهن حلف بقره انما يصح جوابه هذا اذا لم يسبق منه ما ينافيه فان سبق ما ينافيه كأن أقر بانه رهنه الارض وما دار عليه شرطها ملا فانه لا يحلف حينئذ للدخول النخل بمتضى القسط بوجوده وقت العقد انتهى وهذا ينقض ما صححه ويشهد بصحة كلام الشهيد فتأمل جيدا وعمل الاصح أن تحمل العبارة على ان المدعى ادعى ان رهنتك الارض وما فيها فان واقعه الراهن كان النخل داخلا ولا حاجة الى الاحلاف ولا يسمع انكاره في مدوانه اوجب بانها لم تكن موجودة واقتصر على ذلك طوبى بجواب دعوى الراهن فان أصر على انكار الوجود المعلوم كذبه فيه جعل نا كلا فان رجع الى نفي الرهن حلف لانه لا يلزم

(١) كذا وجد الظاهر ان صوابه بل على الملك (مصححه)

ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلا حدما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجز نقضاً بان  
يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه  
لم تقبل شهادتهما لزمهما كاذبان (متن)

من كذبه في نفي الوجود كذبه في نفي الرهن ويكفي في انكاره انكار الوجود لانه نضمن انكار ما يدعيه المرتهن وهو رهن النخل مع الارض ويكون ذلك ردا على قول بعض الشافعية من أنه لا بد من انكار الرهن صريحا ولا يخفى عليك ما بين هذا التفسير وتفسير الشارح من الترق لانه جعل كلام المصنف محتملا لما اذا أقر انه رهنه الارض وما فيها ولما اذا لم يقر ولهذا قيد قوله وان عدل الى آخره بما سمعت وعلى ما فيه الشهيد يكون كلام المصنف ساقطا وعلى ما حرره الشارح يكون كلامه ككلام المصنف متناقضا **قوله** ﴿ ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلا حدما إذا صدقه ان يشهد على الآخر ما لم يجز نقضاً بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ﴾ لو ادعى انسان على اثنين انهما رهنا عبدهما بمائة واقبضاه فان أنكر الرهن فقط أو الدين والرهن جميعا قدم قولهما كما تقدم ولو صدقه أحدهما خاصة فنصيبه رهن بخسين والقول في نصيب المكذب قوله مع يمينه فان شهد المصدق للمدعي على شريكه المكذب قبلت شهادته اذا انتفت تسمية جلب النفع لعادته وانقضاء مهمته فان شهد مع آخر أو حلف ثبت حقه والمراد بجر النفع أن يرجع بشهادته مدعيا وبدفع الضرر أن يعود منكرا والتصور الغالب في المقام في جلب النفع أن يتسد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه عكس ما هو المعروف فيما اذا تعدد الراهن لأن الحكم فيما ذاته مد الراهن وأحد المرتهن أن يتناول المجموع بالمجموع ومقابلة المجموع بالمجموع تقتضي مقابلة الأبعاض بالأبعاض فينصرف رهن كل منهما الى دينه حذرا من ارتكاب خلاف الاصل لأن رهن ملك انسان على دين غيره خلاف الاصل هذا اذا أطلقا ولم يشترطا وأما اذا أئحد الراهن فان الرهن يكون على الدين وعلى كل جزء منه ما لم يشترط خلافه كما تقدم بيانه عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا وفي أول الباب ووجه حر النفع اذا تعدد بذلك انه يصير مال كل منهما رهنا بكل جزء من احرا الدين فيكون سهم الآخر من العبد رهنا بما عليه من الدين وفي ذاك من جر النفع والارفاق ما لا يخفى ولما كان ذلك كذلك أتى المصنف بعبارة فقد الحصر وبذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد عنه حيث قل ولا يفحص جر النفع فيما ذكره فالأول ان يعبر بعبارة لا تقتضي الحصر فبول كأن ونحوه تنهى وانت قد عرفت وجه الدفع بان ذلك لما كان هو المصور غاما في المتأخر كان كأن الامر محصور فيه وكل مقام يوتى فيه بما ساسه والا علم لم يتعرض عليه يجاب بان قول سوادة لا يفحص في عدم حر نفع ال في عدم التهمة وسنة التمس سرقته التهمة سوية وهي بغصة والعداوة والعقل وحرص ودفع الكذب ومن جر النفع من جر النفع **قوله** ﴿ لو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه ﴾ تقبل شهادتهما لزمهما كاذبان ﴿ هذا سكا في المتكثرة عن بعض الشافعية قالوا لان المدعي اذا نسب شاهدته الى الفسق منع من قبوله منه له وحكي عن اكثرهم القبول وانما يحلف لكل منهما يمينا ويفضي له برهن الجميع لانهم اربابا نسا او ساسه عليهم واتهم تسمية فيما يدعيه وبالجملة انكار الدعوى لا بات فسق المدعي عليه ولان الكذبة لو حدة لا توجب

ولو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وحلفا عن الرهن أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع (متن)

غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا (وعساک تقول) ان قول الاستبصار نظائر منها ان من استودع شخصا مالا فتلّف فقال صاحب المال هو قرض في ذمتك وقال الآخر هو امانة فان مقتضى الاصل الذي اعتمدتموه تقديم قول مدعي الامانة لان صاحب المال يدعي امرا زائدا وهو اشتغال الذمة والاصل عدمه والحال ان الاخبار جاءت بان القول قول مدعي القرض وان مدعي الوديعة يكلف البينة (قلت) هذه الاخبار ايضا موافقة لاصولنا لان الاصل في المال ان لا يخرج عن يد مالكه الا بقوله فلو ادعى المالك المصوب وادعى الآخر العارية أو الاستيداع أو الاستيجار قدم قول المالك وكذا لو ادعى المالك الاجارة بعد انتفاع من هي في يده بها وادعى الآخر العارية هذا ولا ينجزه في الوسيلة فيما نحن فيه قول بالتفصيل وهو انه اذا اعترف صاحب المتاع بالدين كان القول قول خصمه وأن لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع مع اليمين ولا يبي علي تفصيل آخر وهو انه ان اعترف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الامانة ثم صار رهنا فاقول قول المالك وان ادعاه ابتداء فاقول قول خصمه ولا حجة لما لا يجمع بين الاخبار على ما قيل وهو فرع التعادل مع عدم قيام شاهد على الجمع وظهور الحال في الصورة الاولى لابن حمزة لا تجدي في مقابلة الاصول والادلة واعلم ان المراد بقول المصنف احدهما هو المستودع بقرينة ما بعده وبعدم الفائدة لو كان غيره فلو ابدله به لكان اصح ووضح قوله ﴿ ولو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وخلصا عن الرهن ﴾ كفي في الترائم والتذكيرة والدروس واللمعة وتعليق الارشاد وجمع المقاصد والروضة وجمع البرهان اما بطلان رهن ما ينكره المرتهن فلان الرهن المحض حق المرتهن ومصالحته فاذا ما اراده وانكره يبطل بمجرد انكاره وايضا فان الرهن جائز من طرفه فاذا نفي رهن العبد اتفني عنه ولم يحتج الى اليمين وأما حلف الراهن لنفي ما يدعي به من رهن الجارية فواضح وفي (الارشاد) انهما يتحالفتن ورده المحقق الثاني في تعليقه بمثل ما قلناه في توجيهه واعتذر عنه في مجمع البرهان بأنه قد لا يبطل بمجرد الانكار لان المقدم الثابت يقينا غير معلوم "بطلان بمجرد الانكار فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف في العبد لا يريد لانه يعرف انه رهن يقين وأيضاً قد يكون العبد مما اشترط على المرتهن حفظه وبقائه بوجه من الوجوه ويريد هو الخلاص من ذلك وأيضاً قد يكون شرطاً رهنا في بيع لازم فيريد الخروج عن العهدة فاذا قبل خرج وذا لم يقبل يطالب منه رهنا فيحلف لذلك وغير ذلك من النوادر انتهى وغرضه الاشارة الى قاعدة التحالف وانه لا يفسخ العقد الا بها فهذه القاعدة ليست كقيام الدين لكل من المرعيين وافرقت بينهما ووضح فكان القول بالتحالف أوفق بالاحتياط وعدمه ثمري المذهب وهذا حق القوم وكلامه الاخير كأنه قول ثالث خرق لما اتفق عليه الخلاف كما ستسمع في الشبهة الثانية ثم قوله ﴿ لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع ﴾ ما قواه المصنف قال ولده انه الاصح لخروج الجارية باسكار المرتهن فلا يمين عليه فيبقى التداعي في العبد والقول قول منكر

ولو قال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن ولو قال دفعت ما على الراهن من الدين صدق مع اليمين دون صاحبه (متن)

الرهن وعلى هذا فينتفى العبد باليمين والجارية بانكار المرتهن فيبقى عقد البيع بلا رهن وقد تفقد على وقوع العقد مع شرط الرهن ولا مانع من ذلك مع الجري على الصواب الشرعية لكن تكون جارية رهنا فيما بينه وبين الله تعالى فتأنيه أحكامه فلا بد من التحايف ان أراد التصرف أو إخلاص من الفقة ان قلنا لا بد من الحلف به وفوضت المسئلة فيما اذا قبضه أو قلنا بعدم اشتراطه وأبعد شي احتمال انفساخ العقد الا انه بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن الجارية لانه ينافي وجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل دليل على ثبوت التسلط على فسخه ومثله في البعد احتمال أن يكون فسخ البيع قيديا في العبارة في الامرين فليأمل فيه واختار الشهيدان في (الدروس واللمعة والمسالك والروضه) التحايف في (جامع المقاصد) انه قوي متين لان اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن فكل واحد يدعي ثمنه فبو كما لو قال بعثك بهذا العبد فقل بهذه الجارية وليس هذا كما لو قال بعثك بمائة وخمسين فقال بل بمائة لانفاقهما على قدر متفق الاوصاف واختلافها في ثبوت الزائد ونفيه فان منكر الزائد قد يقال هو المنكر بخلاف ما هنا (قلت) هو قوي متين اذا أراد الراهن التصرف في الجارية والإخلاص من التمسكة والحفظ ان قلنا انه لا بد منه له لانه لا بد من اشتراط الاجل والميزان والرهن والضمين والشدة والوكالة مما يتعاق بمصاحبة متعاقدين ولا تنعق له الثمن أولا ولذات فلا يكون ما نحن فيه من قبيل الزيادة بل بعثك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية بل من قبيل بعثك وشرطت أن يكون زيدا كقبيل أو ضمنا أو شاهدا فيقول الآخر بل شرطت أن يكون عمرا كذلك ومنه يعرف حال قواه في تضعيف الاحتمال الاول بأن انكار اشتراط الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعيه الراهن وهو لزومه من الجانبين لازم للمرتهن على تقدير وقوعه فكيف ينفي بمجرد الانكار ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به لانه قد عرفت أن انكار اشتراط الجارية إنما يقتضي انتفاء هذا الشرط الجائز من طرف المرتهن الذي يكفي فيه انكاره ولا يفسخ بذلك العقد حتى يسقط حق الآخر منه بمجرد انكاره أي المرتهن وكأنه استظهر من العبارة ان فسخ البيع قيدي في الامرين وقد عرفت أنه ليس كذلك نعم ان قول المصنف بمقالته تم تضعيفه ما قواه وقد عرفت أنه لا يقول بذلك فيكون المصنف قوي على مذهبه والشارح ضعف على مذهبه وأما انفساخ عقد الرهن فلا ياباه الراهن مع لزوم البيع فقد تحصل ان في المسئلة قوانين وما حكيتها في المسئلة المتقدمة عن المقدس الاردبي قول المصنف فامل قوله ﴿ ولو قال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن ﴾ اجازة كما التذكرة قوله ﴿ ولو قال دفعت ما على الرهن من الدين صدق مع اليمين دون صاحبه ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير لا تنبيه في ذلك وهو كذلك لان ذلك مستند الى نيته وهو أعرف بها ولا طريق الى العلم الا من قبله ولا يكف اقامة البينة بأني تلفظت بكذا وان أمكنه لان الاصل عدم وجوب ذلك عليه وكذا لو قال المرتهن انه كان قد أقر لي بأنه انما دفع عن الدين الآخر فالقول قوله باليمين وفرض مسئلة ما اذا كان له دين أخر هذا رهن فدفع



أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له اصرف الاداء الآن الى من شئت وكذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فله الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان (متن)

اليه مالا واختلفنا ومت يعلم حال ما اذا كان على كل من الدينين رهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله ﴾ ووجه ظاهره كما أن توسطه غير ظاهر لانه غير مختص بهذا الغرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ﴾ أما الاختلاف في اللفظ فظاهر كما لو قال دفعته متلفظا بأنه عن الدين الفلاني أو أقررت ذلك فأنكر وقال اني قلت انه عن الفلاني ويقدم قوله بيمينه لانه منكر وأما الاختلاف بالنية كأن يقول الراهن نويت الدين الفلاني ويقول المرهن بل نويت لدين الفلاني فاحلف لهما فربما يقال فيه ان دعوى غريمه غير مقولة اذ لا اطلاع له على نفسه فلا يلزمه يمين والحق ثبوته لما حررناه في باب القضاء والقصاص من أن الدعوى فيما يخفى تسمع بمجرد التهمة وقد نص عليه في المقام المصنف في التحرير وانتبهان في اخواشي والمسالك والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو ظاهر الشرائع وغيرها حيث قيل فيها لانه أبصر بنيته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له اصرف الاداء الآن الى من شئت ﴾ ذكر المصنف الاحتمالين من دون ترجيح كما ذكرنا كذلك في التحرير ولايضاح وللدروس واختير في المختلف وجامع المقاصد التوزيع لانه قد وقع صحيحا وليس أحدهما أولى من الآخر ولانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين أو عن أحدهما بيمينه أولا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بيمينه والكل باطل الا الاول لاستحالة الترجيح بلا مرجع وملك مقضى به مع عدم زول المقضى عن الذمة ولانه ان لم يزل عن ذمته سي منها لزم المحال والا كان هو مقضى عنه وأما الاحتمال الثاني فهو خيرة الشيخ على ما حكي عنه ووجهه أن النية منتفية حال الدفع فليتداركها لأن لان المرجح في ذلك لي ختياره وحيث لم يسبق له اختيار شي فليختر متى شاء (ويدفعه) أن ملك القابض للمقبوض يقضي بأنه لا بد أن يقع عن شيء (وقد يجاب) بأن القابض لا يملك أو يملك بح في ذمته وبه التعيين أو يستخرج بالقرعة كما اذا كان له زوجتان أو زوجات فقال زوجتي طالق ولم يود واحدة منها فليسبح والمفاضلان وسهر عن ان اطلاق يقع على واحدة غير معينة قد تستخرج اما بالقرعة أو بتعيينه ويقع الطلاق اما من وقت اللفظ ومن وقت التعمين ومثله ما اذا أسلم على أكثر من أربع ومثله ما اذا دفع لزوجته وكان له مالان ذائب وحاضر وما اذا سعى ولم ينو السورة عند جماعة وما اذا كان له خيارا حيوان وشرط وأسقط من خياره يومين ولو وجب الترجيح نوجب عند دفع الدافع حيث يكون عليه دين مساووين عليهما رهتان كذلك ويتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا نظائره كما لو بايع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فله الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان ﴾ أي احتمال التوزيع واحتمال أن يقال اصرف الاداء الآن الى من شئت والاصح التوزيع وانما فرض لمسئلة في المشركين لانهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائرا بين المنع من الربا في حقهما أو

ولو كان يزيد عليه مائة ولعمرو مثلهما وكلا من يقبض عنهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك  
والا فالوجهان ولو أخذ عن الماطل قهراً فلا اعتبار بنية الدافع وبمحمل القابض ولو قدمت  
فالوجهان ولو كان التداعي في الابرأ قدم قول المرتهن وقدم قول الراهن مع عدم الرد  
مع اليمين (متن)

الجواز الذي لا يتطرق اليه المنع وقهره معلوم مما سبق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو  
مثلهما وكلا من يقبض لهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك ﴾ يعني انهما وكلا وكلا واحدا يقبض  
لهما كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فالوجهان ﴾ معناه ان لم يدفع لواحد بينه وهذا له مقهوران  
الاول أن لا ينوي أحدا منهما والثاني أن ينويهما معا والاول هو المراد وأطلق لظهوره والمراد بالوجهين  
الوجهان السابقان والاصح التوزيع كغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ من الماطل قهراً فلا اعتبار بنية  
الدافع وبمحمل القابض ﴾ الاخذ من الماطل قهراً اما أن يكون على سبيل المقاصة وهذا اذا استقل بالاخذ  
خفية حيث يجوز له لانية فيه للدافع وان أخذه الحاكم فالتية نية الحاكم وان قهره احاكم على الدفع  
أو المالك واستمر القهر الى حصول الدفع فدفع غير ناو ولا قاصد فلا نية له حينئذ لانقاء الموضوع وأما  
لو نوى حينئذ فليست نيته من المحل فان المقهور على الدفع غير مقهور على عدم النية والشارع لا يقهر  
قهراً يسلبه الاختيار فلولا القهر ما دفع لكنه لما قهر نوى أحد الدينين على كراهية منه لذلك ووجه  
ترجيح نيته حينئذ أن الاعتبار انما هو بها لان تعيين لجهة اليه لالى القابض ووجه ترجيح نية القابض  
انه بالقهر والاجبار لم يعتبر قصده وكان الاعتبار بقصد القاض كنية الزكوة والحس اذا أخذ قهراً لعدم  
الخروج عنهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قدمت فالوجهان ﴾ ظاهره ان النية قدمت من كل منهما وفي (الايضاح)  
دقق النظر فحمل معنى قوله ولو قدمت أنا لو فرضنا قددهما وان وجدنا لمعارضة دليل كل منهما بالاخر  
فكأننا مع وجودهما واختلافهما بل ومع اتفاقهما مقودتين قال مانصه في شرح قوله واذا أخذ من  
الماطل الى قوله فالوجهان وجه الاول ن تعيين الجهة اليه الى آخر ما سمعته آفا ثم قال ووجه الثالث  
يعني ما اذا قدمت أو القاض لاء بار نيته لانه ليس له التمييز والقهر أسقط اعتبار القبوض منه  
فبقي بلا نية فيحتمل التوزيع الى آخره وهو صريح في فرض قددهما وعدم الاعتداد بهما وان كانتا  
موجودتين وقال في (جامع المقصد) في شرح العبارة يريد لو قدمت نية كل واحد منهما ان لو وجدت النية  
من القابض فقط فرجحان اعتبارها عنده ظاهر ومع قددهما فأصح الوجهين التوزيع كما في باقي النظائر  
والشارح ولد المصنف رعم ان محيي الوجهين احتمال ثالث في مسألة الاخذ من الماطل قهراً التي هي  
موضع الوجهين الاولين وهو غريب لان موضع الوجهين مسألة أخرى وهو ما اذا قدمت النية من كل  
منهما وهنا لا يجبي الاحتمالان الاولان انتهى وأنت قد عرفت ما أراد فخر الاسلام والمحققين وهو  
معنى جيد جدا يكون قد أخذه شفاها وعلى ما فهمه منه المحقق الثاني يكون كالأه ملحقاً بلهذين  
وعلى ما فهمه في الايضاح يتضح لك ما في كلام المحقق الثاني أولاً فأمسك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان  
التداعي في الابرأ قدم قول المرتهن ﴾ لانه منكر والاصل بقاء الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبغنى قول  
الراهن في عدم الرد مع اليمين ﴾ لأجد فيه خلافا لاصالة عدم الرد فيلزم المرتهن بالنيل أو ائتمية لا يمكن

وفي قدر الدين على رأي (متن)

أن لا تكون في يده فيلزم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس والفرق بين المرهّن والمستودع حيث  
 قبل قوله في الرد ان المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض بخلاف المرهّن فإنه قبض  
 لمصلحة نفسه ومثله المستعير والمقارض والوكيل بحمل ~~قوله~~ <sup>قوله</sup> ~~قوله~~ <sup>قوله</sup> وفي قدر الدين على رأي <sup>هذا</sup> خيرة  
 المتنع والنهاية والخلاف والبسوط على ما حكى عنه والوسيلة والفنية والسرائر والشرائع والنافع  
 وكشف الرموز والتحرير والارتداد والتذكرة والمختلف والايصاح والدروس وحواشي الكتاب واللغة  
 والمقتصر والتفريح واصح المافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والرياض  
 وقد حكى عليه لاجح في امية وحكاة في الرياض عن السرائر ولم أجده ادعى ذلك صريحا وعليه  
 عمل لادجح كما في كشف رموز وهو معمول به اخرى وفيه ايضا وفي (ايضاح النافع) ان  
 الرواية بخلاف ذات تروكة وهو في معنى الاجماع وفي (السرائر) من سواذ الاخبار وهو في معنى  
 الاجماع أيضا وفي (جامع التمسك) ان رواية محمده لظاهر اوتر وهو الاسهر كما في السرائع ومذهب  
 الاكثر كما في المسالك والرياض والمسور كما في الدروس والكفاية وفي (السرائر) ان الرواية مخالفة  
 لاصول مذعب (ق) وهو كذلك لان لادجح عدمه وعن عدم الريادة وبرائة الذمة وبدل عليه  
 وفي تنويره في كافي وسيح طريفين صحيحين على الصحيح في علي بن الحكم عن محمد  
 عن أبي حمزة عليه السلام في رجل رهن عند صاحبه رهنا لاينة بينهما فيه فادعى الذي عنده الرهن  
 انه بألف درهم فقال صاحب الرهن انما هو بمائة درهم فقال الينة على الذي عنده الرهن انه بالف وان  
 لم يكن له بينه فعلى "رهن" يدين وروى الشيخ في الحسن على الصحيح في محمد بن خالد لتوثيق الشيخ  
 لوالده عن قول الحسن بن سعيد في الحديث والاسم بن سليمان لانه مودع يكون الصدوق  
 عليه ضربت وروية الاجماع كما في كتابه من سواذ الاخبار عن أبي عبد الله عليه  
 السلام مثله وروى الصدوق الطريقة لصحيح الى أبان مثله فهو اما وثيق أو صحيح وروى الكليني  
 واستبح في الموثق عن أبي يعفور مثله وقد وقع سموم من المتأخرين في وصف هذه الاخبار ولهذا ينزأ  
 احل فيه واما الرواية المخالفة في ابي رواها الشيخ والصدوق عن السكوني عن جعفر عن ابيه علي  
 عليه السلام في رهن اختلف فيه الراهن والمرهّن متى ارهن هو كذا وكذا وقال المرهّن هو ذا كبر  
 قال في ربه اسلام يصرف المرهّن حتى يحيط تس لاه أمته وقد عمل به أبو علي وحملها في الاستبصار  
 على ان الاولى له تصديق المرهّن وحاجه جاعة على التثنية ولا بأس لان ذلك مذهب الحسن وقتاده  
 ومالك وفي رواية الراوي لها وعمل العامل بها شهادة على ذلك في الكلام في أي آخر وهو اب  
 الشيخ في النهاية وابن ادريس في السرائر حكيا عن الرواية بان القول قول المرهّن مالم يستغرق الرهن  
 ثمة وحكى في السرائع عن ابن الحنيد انه قال مالم تستغرق دعواه ثمن وحكى الاكثر عنه ومنهم  
 المحقق في نفع القول قول المرهّن مالم يدع زيادة على ثمن الرهن وان رهن في عبارة النهاية والسرائر  
 مفعول يستغرق وفاقله انه ثمة اوضيه مستكن راجع الى القول وثمنه بدل من الرهن وقد فسرها في  
 السرائر فقال معنى هذه الرواية ان القول قول المرهّن حتى يحيط قوله ودعواه بتمن الرهن جميعه فتى  
 احاط بتمن الرهن او استغرقه فانقول قول الراهن ايضا على هذه الرواية فلم يفرق بين ما اذا احاط

وعلى المؤجل منه لا الحال وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة (متن)

او استغرق لتحقق الاستغراق فيها لانه اعم من الاحاطة بثمان الرهن بمعنى مساواته ومن الزيادة عليه ومقتضى العبارات الثلث انه مع المساواة والزيادة لا يقدم قوله ومقتضى عبارات الاكثر انه لا يقدم قوله مع الزيادة ويقدم قوله مع المساواة وحاصل معنى الرواية جعل الاحاطة غاية القبول والغاية خارجة عند المحققين فهي موافقة للعبارات الثلث والموجب لاختلاف النقل عن ابي علي اختلاف كلامه قال المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمان فان زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل الا بينة قد جعل في اول كلامه غاية التصديق احاطة الدعوى بالثمان والغاية خارجة فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت الدعوى عن القيمة لا تقبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة تقبل فقد تمارض المفهومين في كلامه فاختلف النقل عنه لكنك خير بان المفهوم بما يعتبر اذا لم يصرح بخلافه فنقل الاكثر بحسب الظاهر اوفق لكن لما كان مستنده الرواية ظن المحقق في الشرائع الغناء مفهوم قوله وأن زادت وحمل كلامه على ان المراد ان ساءت أو زادت وذلك كبير كما قيل في قوله جل شأنه (فان كانتا فوق اثنتين) وكما قيل في قوله عليه السلام جراحات المرة والمرحل سواء الى ان تبلغ ثلث الدية فاذا جازت ذلك تضاعف جراحة الرجل على جراحة المرأة ضعفين فان المراد فاذا ساءت أو جاز ذلك فكان نقل الشرائع ادق واظن الا ان تقول نقل الاكثر موافق للاعتبار لان الطاهر ان الرهن بقدر الحق (وفيه) ان المادة تقتضي رهن الشيء باقل من قيمته هذا واخبار الباب تعطي نهما اذا اتفقا على ان الدين الفان وقال الراهن انما رهنتك باحد الاثنتين وقال المرتهن بل بهما كان القول قول الراهن ايضا مع يمينه مضافا الى الاصول وهو معنى قول المصنف وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله **قوله** ﴿وعلى المؤجل منه لا الحال﴾ قال في (التذكرة) لو اتفقا على انه رهن باحد الاثنتين لكن قال الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله في اصل الدين فكذا في صفته وكذا لو قل الراهن انه رهن على الحال وقال المرتهن انه رهن على المؤجل يقدم قول الراهن مع يمينه (قلت) لعل في قوله فكذا في صفته اشارة الى استفادة ذلك من سخاوي الاخبار المذكورة ثم ان عندنا اصلا آخر وهو ان الاصل قبول قول صاحب المال في وجه خروجه عن يده والمرتهن لما انكر الرهن في صورتي الاصل والعكس اندفع بانكاره ولا يحتاج الى يمين فيبقى النزاع فيما ادعاه المرتهن فيحلف الراهن على نفيه فينتفي ويبقى المال بلا رهن ولا مانع منه اذا قضت به القواعد لكنه فيما بينه وبين الله سبحانه يكون رهنا بما ادعاه فتأني احكامه وقد سمعت ما سلف في مثله او تقول انه يحلف يمينا جامعة بين النفي والاثبات فيكون رهنا بالدين الذي لم يدع المرتهن انه رهن عليه كما تقدم مثله واحتمل التحالف الذي احتمله الشهيد في حواشيه وقواه في جامع المقاصد لم يتضح وجهه على ان الشهيد حكم في مثله بما ذكرناه **قوله** ﴿وقول المرتهن في عدم التفريط﴾ لا اجد فيه خلافا بل في الغنية الاجماع عليه مضافا الى الاصول المسألة عن المعارض **قوله** ﴿والتقيمة﴾ اي حيث تنزم المرتهن بتعد او تفريط فانه يقدم قوله فيها مع يمينه كما هو خيرة الشيخ في المبسوط وابن ابريس وسائر المتأخرين ماعدى الشهيد في الدرر والمقداد في التنقيح فانها لم يرجحوا في (الدرر) قال به الحلبيون وحكي كاشف الرموز عن

وفي أن رجوعه عن أذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد (متن)

ابن ادريس أنه ادعى الاجماع عليه وقال أنه مشكل مع تحقق الخلاف والموجود في السرائر ان القول قول المرتهن على الصحيح من المذهب لانه غارم ومدعى عليه ولا خلاف ان القول قول الجاحد المنكر المدعى عليه اذا عدم المدعي اليقينة وقال بعض اصحابنا القول قول الراهن في هذا وهو مخالف لما عليه الاجماع وضد لاصول الشريعة انتهى فظاهره ان الاجماع على القاعدة لا على خصوص المسئلة لكن الاجماع من المتأخرين كاد يكون معلوما كما ان الشهرة بين المتقدمين على تقديم قول الراهن عصمه من احمه للاجماع ايضاً اذ هو خيرة المقننة والتهاية والمراسم والوسيلة والغنية وهو الحكمي عن الكتاب والتمهي والقاضي وقد نسب في الدروس والمسالك الى الاكثر وفي (الغنية) الاجماع عليه فهذا الاجماع ممتضد بالشهرة والظاهر انه ما افتى به في النهاية والمقننة الا عن خبر كما يقضي به التبع وليس مستندهم ما استدلل لهم به من سقوط امانته بخيائته فاني لم اجد احدا منهم استدلل به الا باعالي ولعل هذا هو الذي جرى المتأخرين على مخالفة ووجه قوة القول ظاهرة لمكان الاصل والنبوي لكن هذين لم يكونا ليخفيا على المتقدمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ان رجوعه عن أذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد ﴾ تقديم قول المرتهن في المسئلة مذهب الشيخ واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد وقد نسبة تارة اخرى كالشيد الثاني في المسالك الى الاصحاب فكل من تعرض لهذا الفرع كالشيخ في المبسوط والمحقق والمصنف وغيرهم قدم قول المرتهن الا المصنف في التذكرة فان ظاهره التردد لانه حكاه عن الشيخ ولم يفت شيئاً والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي وان تملأ كما سنسنع لكنهما بعد ذلك واقفا والشيد في الدروس والحواشي فصل بانها ان اتفقا على تعيين وقت لاحدهما واختلفا في الآخر حلف مدعي التأخير عن ذلك الوقت وان أطلقا الدعوى أو عينا وقتا واحدا حلف المرتهن وقد تبعه على ذلك الشيد الثاني في التهدد والمسالك وسننع بيان ذلك ( ولا بد ) من بيان مالا بد منه في المقام وهو انه اذا تعارض لاصلاح فلا يخلو اما أن يكون هناك مرجح واجب أولاً فان كان فلا يخلو ذلك المرجح من أن يكون ظاهراً أو أصلاً آخر وان لم يكن هناك مرجح واجب فلا يخلو اما أن يكون في أحدهما حائطه أم لا فان كانت حائطه أخذ بها والا خرج في هذه المسئلة وجهان كذا أطلقوا الكلمة ولم نرم في أبواب الفقه من الطهارات الى الديات تعرضوا عند تعارض الاصول للاقتران ولا لعل بتاريخ أحدهما وجعل الآخر ولا لورود أحدهما على الآخر الا في مواضع نادرة من هذه الامور الثلاثة تعرض لها بعض المتأخرين ومن ذلك مسئلتنا هذه فان الاصحاب أطلقوا الكلمة فيها والشيدان فصلاً بالعلم بالتاريخ وعدمه تمهد هذا ( فنقول احتج ) المصنف على المشهور بوجهين (الاول) ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب وهذا تركه الشيخ في المبسوط والاصحاب لانه بالآخرة يرجع الى ما ذكره وهو الثاني في كلام المصنف وبيانه أي الثاني ان الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع والأصل عدمه والمرتهن يدعي تقدم الرجوع على البيع والأصل

عدمه أيضا فكأنما الاصلان قساقطا فيبقى حكم الرهن على العين باقيا وهو ترجيح جانب الوثيقة وقد قال في (جامع المقاصد) نظر من وجوه (الاول) ان الاصل وان كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن الا أنه لا يتمسك به الآن لحصول الناقل عنه وهو صدور البيع مستجمعا لجميع ما يعتبر فيه شرعا وليس هناك ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك والاستناد الى أن الاصل بقاء الاذن السابق لان المانع لا يشترط العلم باتفاقه لتأثير مقتضى والا لم يمكن التمسك بشيء من الملل الشرعية اذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع وهو معلوم البطلان فن من صلى مراعييا للافعال والشرائط يكفي لصحة صلوته الاستناد الى اصاله عدم طرو النجاسة المانعة من الصحة على ثوبه وبدنه الطاهرين وان لم يعلم اتفاقها بحسب الواقع قطعا انتهى (وفيه) نظر من وجهين (الاول) انه تورفي الاصول (عند لاصولين خل) ان رفع المانع من جملة الملل فرفعه شرط لا بد من تحققه لكن لا في الواقع بل يكفي تحققه بالاستصحاب كالشرط واستوضح ذلك في المثال الذي ضرب به هو فان النجاسة في الثوب مانع من الصلوة ورفعا شرطا كما انا نقول طهارة الثوب شرط ولهذا قال ثوبه وبدنه الطاهرين فرضهما أولا طاهرين ثم قال يكفي لصحة صلوته الاستناد الى اصاله عدم طرو النجاسة وما ذلك الا بالاستصحاب كما قلناه والحاصل ان الامر واضح وما كنا نؤثر ان يفضل عنه مثله (الثاني) انا لو سلمنا الفرق بين رفع المانع والشرط وانهما غيران في الحكم وما كان ليكون لكننا نقول لان سلم وقوع العقد جامعا للشرائط الشرعية هذا لان من جملة شرائطه اذن المرهن حالة البيع ولما حصل الشك في حصولها حاله وقع الشك في حصول الشرط نفسه لاني وجود المانع ومعلوم أن الشرط لا يكفي فيه عدم العلم باتفاقه بل لا بد من العلم بمحصوله ليرتب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلاة مع يقين الطهارة سابقة والشك في بقاءه لا زال امرها كذلك فان الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ومستصحب الآن والشرط المقتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لاني زمان البيع لا يلقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكره الاصحاب (الثاني) من وجوه النظر الذي ذكره المحقق الثاني هو ان ما ذكره يعني المصنف من الاستدلال انما يدل على تقدير تسليمه (تسليم حل) بقاء الاصول المذكورين مع الانحصار فيهما وفي الاصل الثالث الذي ذكره وليس كذلك فان لنا فضلا آخر من هذا الجانب أيضا وهو ان الاصل في البيع الصحة واللزوم وجوب الوفاء بالعقد انتهى (قلت) مراده ان اصاله بقاء الرهن التي رحمت اليها عند تعارض الاصلين معارضة باصاله صحة البيع لان وقوعه معلوم كأن وقوع الرهن معلوم فنتساقتان ويقى مع الراهن ملكية الرهن وصحة تصرفه فيه ولعله من هنا قيل في الاصول انها تما تعارض فيها أربعة أصول (وفيه أولا) انه قال في باب الضمان والاجارة ان اصاله صحة العقود انما يتمسك بها بعد استكمال أركانها وجميع الامور المتبصرة فيها ليتحقق وجود العقد ما قبله فلا وجه له فقد كما أوضحنا ذلك في آخر باب البيع ويأتي في باب الضمان مفصلا ان شاء الله تعالى وثانيا على تقدير تسليمه انه لا ينفعه فيما يجاوله لان هذا ان تم كان من باب اذ تدعى المشترين ان سبق وأراد كل مهما الاخذ من الآخر بالشفعة والاصل يقتضي عدم سبق كل منهما والاصل عدم استحقاق الآخر عليه فينساقتان ويتحالفان ويستقر ملكهما على ما كان وتنتفي الشفعة (وثانيا) ان اصاله صحة العقد مترتبة على سبق الرجوع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد (فان قلت) واصل استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع البيع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بتبريجها (قلنا) صحة العقد غير معلومة تعميم الاحتمال المذكور

وصحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا لجامعة للشرائط وإنما حصل الشك في طرف المثل فراجع لهما  
أقربى من هذه الجهة مضافا إلى ما ذكرناه آتقا (وثالثا) أن عندنا ظاهرا واحتياطيا والظاهر يرجع إلى قاعدة  
وكل منهما أي الظاهر والاحتياط يرجع الأصل كما عرفت آتقا من أن الحائظه مرجح راجح (أما)  
الظاهر فلان الظاهر أن الرهن مدع لانه يريد اثبات بطلان ما هو معترف بوجوده وصحته بدعوى  
الاذن في البيع المثل للرهن فهو يريد إخراج الحق عن يده وتسلطه والأصل بقاؤه فيصدق عليه  
تعريف المدعي وعلى المرتهن تعريف المنكر (وأما) الاحتياط فلان رعاية جانب المرتهن أحوط لاحتمال  
تضييع حقه على تقدير بطلان الرهانة بخلاف الرهن فإنه لا بد له من دفع الدين فلا يضره بقاء الرهن  
عليه (الثالث) من وجه النظر أن ما ذكره من الاستدلال على إطلاقه يجري على ما إذا أطلق المدعي  
ومدعى الرجوع أو الرجوع وما إذا عينا وقابل للبيع أو الرجوع وما إذا عينا لا أحدهما وقتا واختلافا في الآخر وليس  
يحدد لاسم إذا اتفق في وقوع البيع يوم الجمعة واختلافا في تقدم الرجوع عليه وعدمه الأصل عدم التقدم  
ويجوز الحكم بوقت على وقت الرجوع واختلافا في تقديم البيع عليه فيحصل على هذا التقدير أصل آخر  
وقد بسا على ذلك في الدرر (قلت) ولا لحق فيه بما إذا أطلقا إذا اتفقا على وقت واحد كما سمعت ذلك  
عنه وعن الشهداني (وقد يقال) أن الأصحاب هنا وفي كل ما عارض فيه أصلان وقد عدي التمهيد منهما ما يباع  
سبعة والثلاثين موضعاً أطلقوا ولم يفرقوا وما ذك إلا لأن كلا منهما حادث والأصل تأخره سواء كان  
تاريخ أحدهما معلوما أم لا والعلم بتاريخ أحدهما لا يصير المجهول متأخرا عنه فوقع البيع يوم الجمعة حادث  
والأصل تأخره عما يدعيه المرتهن من وقوع الرجوع يوم الخميس جازما قاطعا به نعم يتم ذلك حيث  
يقول الشهداني لا أدري أوقع قبل يوم الجمعة أم بعده (وبحسب) بأن قطع المرتهن أنه يوم الخميس معارض  
ببطلان الرهن أنه يوم السبت وكلاهما مسلمان الأصل في قولهما الصدق وقد اعتضد قول الرهن بأصل  
تتمر شدت فيكون الأصل معه فيرجح فيكون إطلاق الأصحاب مقبدا بما عدا ذلك لظهوره ولذا قدم  
قول المنكر على قول المدعي في أبواب الفقه مع أنها مسلمان الأصل في قولهما المصدق وما ذك إلا  
لأن قول المنكر موافق للأصل معتضد به فقوي جازبه وأما حديث الاقتران فإنه يتأتى في مسئلة ثلثا فيما  
إذا اتفقا على زمن واحد أولم يتفقا كأن يقول رجعت يوم الجمعة عند الزوال ويقول الآخر بعت  
يوم الجمعة عند الزوال فإن قضية تعارض الأصابع أن تحكم باقتران البيع والرجوع بأن يكون أول أنات  
البيع أول أنات الرجوع فيكون البيع باطلا وكذلك الحال فيما إذا لم يتفقا فليتأمل وربما احتمله بعض  
مشاخي المتأخرين فيما إذا وجد في الماء نجاسة وشكا في وقوعها قبل الكرية أو بعدها فحكم بالاقران  
وطهارة الماء والأصحاب حكموا بالطهارة لو جرد مقتضي لها وهو الكرية والشك في المانع وهو سبق  
النجاسة فينفي بالأصل وليس كذلك ما إذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه الكرية فإنه وإن تعارض  
فيه أصل عدم بلوغه كرا وأصل الطهارة لكنهم رجحوا الأول لأن ملاقات النجاسة سبب في تنجيس  
ما يلاقيه وبلوغه الكر مشكول فيه فينفي بالأصل هذا إذا لم يتعين عليه استعماله وإذا تعين فلا بد من  
الاعتبار وإطلاقهم الحكم بنجاسته محمول على تعذر اعتباره بوقوع ماء آخر عليه حصل به الجهل بقدر  
الماء الأول عند (حين نزل) ملاقات النجاسة وهذا جاء باتبع حرصا على تحقيق المقام (وكيف) كان فالتحاد  
الزمن حاله حال الاطلاق عند الأصحاب حيث أطلقوا ولم يفرقوا به صرح الشهداني جازمين به في الدرر  
والمالك والتمهيد ومنه يعرف حال الاقتران فانهم أهملوه في أبواب الفقه جميعا إلا نادرا منهم كما عرفت

ولو ادعى الراهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن الرهن تمويلا على كتاب وكيه فخرج  
مزورا او قال اقبضه بالقول وظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين (متن)

آتقا ولعله لانه في بعض المقامات لاحاصل مع ندرته وكونه حادثا والاصل عدمه وأما حال ورود حدما  
فليس له ضابط يعتد به وهذا أهم من ذكره الاصحاب بالنكالية وانما تعرض له بعضهم وشبهه بما  
اذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة فالاصل  
بقاء الرطوبة فيكون نجسا والاصل طهارة الثوب لكن الاصل الاول وارد وضار على الاصل الثاني  
فيدفعه ويرفعه وفيه من الحرج ما لا يخفى فلهذا يريد (يؤيد خ ل) الاصل الثاني ونحوه المثال  
الثاني وهو ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه الكربة وحكى في (التذكرة) مفصلا وهو انه لو قال  
الراهن أولا تصرفت باذنك ثم قال المرتهن كنت رجعت قبله فاقول قول الراهن مع يمينه وان قال  
المرتهن أولا رجعت عما اذنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فاقول قول المرتهن حينئذ لان  
الراهن حين ما أخبر لم يكن قادرا على الانشاء وقد حكى المقدس الاردبيلي عن المحقق الثاني ان قال  
هذا هو المنقح به ولعله ذكره في تعليقه على الارشاد وانت خبير باننا انما فرغنا في الاصول مسكان  
تعارض قولي المسامحين لان كان الاصل صدقهما كما اشرنا اليه وجور في محله فلا يتناول حال يهتد  
الاعتبارات الواهية التي أعرض أصحابنا وأصحابه عنها ثم ان التعايل لم يتضح وجهه ومرجعته الى تقدم  
الدعوى وقال في (جامع المقاصد) بعد أن حكى هذا عن بعض وقرب منه ما اذا تصادقا على صدور  
البيع ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ثم اختلفا في حال البيع أخذنا بالاقرار  
السابق (قلت) هذا ليس بشيء جديد اذ محل الاشكال في كلام الاصحاب ما اذا تصادقا على صدور  
البيع والرجوع واختلفا في المتقدم وأما اذا تصادقا على احدهما ونفى الآخر وقوع الآخر فاقول قوله  
مع يمينه كما نص عليه في التذكرة والدروس وجمع البرهان قال في (التذكرة) بعد أن فرض المسئلة  
فيا ذكرنا ولو أنكر الراهن أصل الرجوع فاقول قوله مع اليمين لان الاصل عدم الرجوع وقد في  
(الدروس) ولو ادعى الرجوع حلف الراهن ان ادعى عدله يعني عدم الرجوع والأمر أوضح من أن  
يبين الا أن يكون أراد معنى آخر والا فهذا منه غريب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى الراهن الغلط  
في اقراره بقبض المرتهن الرهن تمويلا على كتاب وكيه فخرج مزورا ﴾ يريد أنه تسمع دعواه ويوجه  
له اليمين على المرتهن لانه أبرز لاقراره وجها معتبرا لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة لكن ذلك  
لا يقوى جانبه حتى يقدم به قوله مع يمينه بل جانب المرتهن مع ذلك أقوى لان الاصل في الاقرار  
الصحة ومطابقة الواقع فيحلف على وقوع القبض لا على عدم وقوع الغلط ان لم يكن جوار الحلف  
عليه في التذكرة في المقام فأمل ويأتي نظيره ومثله ما اذا قال أخبرني من تركي اليه النفس بالقبض  
ثم تبين انه لم يكن قبضه به عليه في المبسوط والمصنف في التذكرة في باب الاقرار قال لم يلفظت  
الى انكاره في المقامين لانه مكذب نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو قال اقبضه بالقول وظننت الاكتفاء  
به قدم قول المرتهن مع اليمين ﴾ للأصل المذكور ويحلف على وقوع القبض ومعنى اقبضه بالقول  
قلت له اقبضتك ونحوه من القول الذي ليس قبضا وقد يوجد في بعض النسخ أو اقبضته من دون



وكذا لو قال تمدت الكذب اقامة لرسم القبالة اما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه (متن)

لفظ قال فيجب تقديره أو نحوه ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو قال تمدت الكذب اقامة لرسم القبالة) هذا به عليه الشيخ في المبسوط في المقدم وجزم به في التذكرة في المقام وفي باب الاقرار والمحقق في مثله في باب الاقرار ونحوه المصنف في مثله في الارشاد في الاقرار أيضا ونسبه في مثله في المسالك الى الأكثر وذكر مثله المصنف في الكتاب في باب الهبة وفي باب الاقرار قال في الهبة ولو أقر بالهبة والاقباض حكم عليه وان كان في يد الواهب وله الاحلاف لو ادعى المواطات وقل في الاقرار لو أقر ببيع وقبض اتين ثم أنكر وادعى الاستراد تبعاً للعادة من غير قبض فالاقرب سماع دعواه فيحلف استتري وواقفه على ذلك في المقامين في حاتم المقاصد وقال انه له اختلافه على وقوع القبض وفي (الدروس) انه يسر به حلافه على نفي المواطاة وقال في (جامع المقاصد) كانه بنى على أن الدعوى بالمواطاة وما جرى مجراها غير مسبوقة وإنما أحلف على حصول القبض لان الواهب يدعي فساد الاقرار بعدم وقوع القبض (قت) هو كما ترى وقد صرح هو أي الشهيد في حواشيه في المقام بأنه يحلف على عدم ما يدعيه لهن أو على وقوع القبض أو على عدم المواطاة ونحوه ما في التذكرة وفي باب الهبة تردد في الحلف على عدم المواطاة وفي باب الاقرار حكم بعدم وفي (جامع المقاصد) حكم في الموضعين بأن له أن يحلف على الاقباض وعلى عدم المواطات لان ذلك واقع نعم به البلوى فعدم السماع يقتضي الضرر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ (أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه) كما في لا يضح وحواشي الكتاب وجامع المقاصد لان الاقرار في مجالس الحكم بعد توجه الدعوى وطالب خواب مما لم يجر مادة في لمساحة فيه والمجرفة والمقل يقضي بأن المدعى عليه لا يقر الآن لا بما تقدم على المواخذة به والالزم بمقتضاه فلا يجب الا بما هو محقق عنده ولولا ذلك لم يوثق بالاقدير لجارية في مجلس الحكم (وفيه) أنه يمكن تصويره كما لو قال أقررت ليعرضني فلم يعرضني شاهه أو أقررت بيلزه البيع المشروط ونحو ذلك على انه لا يتم فيما ذكره المصنف هنا وهو ما اذا قال للحاكم قبضته بالقول وظلت الاكتفاء به ولما بدرني بالدعوى أقررت بالواقع في اعتقادي ولما مرتبي بتسلمه اليه وعمرت الحال أظهرت الحال ويمكن تصوير مثل ذلك فيما اذا كان اقراره لمكان كد وكيله وخار من يثق به ثم يتذكر انه كان مزورا وان الخبر كاذب ونحو ذلك ولعله لذلك لم يرحح في تذكرة من ذلك لا يكاد يتصور في اقامة رسم القبالة ولعله لذلك فرض المسئلة في الايضاح في مسئلة القبالة والمواطاة وان كان في أول كلامه فرض المسئلة فيما لو ادعى الغلط في اخباره لكنه في الاستدلال اقتصر على مسئلة القبالة ودليله لا ينطق على غيرها فليحفظهم ان الاصحاب أطلقوا في المقامات التي أشرنا اليه آنفا ولم يتعرضوا لهذا الشرط بل كاد يكون ظاهرهم أن الاقرار بما عدى القبالة كان في مجلس الحكم يلاحظ ذلك ولولا قول المصنف بعد ذلك وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض لا احتل أن يكون القيد متوجها الى الة اذ خاصة وقد لا يكون هذا ما من تخصيص القيد بالقبالة لان الاصحاب يذكرون سماع قوله في دعوى اقامة رسم القبالة ويقيده به بما اذا لم تشهد البينة بمشاهدة القبض وما اذا شهدت على اقرره بالقبض وأنكر الاقرار وكيف كان فلا ريب أن الاقرب ما ذكره

وكذا لو شهدت البيعة بمشاهدة القبض ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة اخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه احد ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين (متن)

المصنف واحترز بقوله بعد توجه الدعوى عما لو أقر في محاسن القضاء لامع توجه الدعوى بل اقامة لرسم القبالة مثلا فان اليمين على المرتهن هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو شهدت البيعة بمشاهدة القبض ﴾ يعني بعنوان الرهن وانه باذنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة اخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين ﴾ اذا أقر شخص بالجناية على العبد فان صدقه المتراهنان فالارش رهن عند المرتهن لانه عوض الرهن وان كذبا فلا شيء لهما وان صدقه الراهن وكذبه المرتهن كان للراهن اخذ الارش ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن وكذبه الراهن كان للمرتهن المطالبة بالارش ويكون مرهونا عنده لان حقه متعلق به حيث هو جزء الفأنت من الرهن ولا يؤثر في سقوطه انكار الراهن كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومراده بقوله كان رهنا الى قضاء الدين انه يبقى في يده الى حين قضاء الدين ولا كل رهن الى قضاء الدين ولما تمذر ذن الرهن هنا لانكاره لجناية وحب أن يحكم بليد للمرتهن على أن المرتهن يستحق اداة اليد على الرهن على مختارا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد ﴾ اذ المرهن اعطمت علقته ولراهن ينكر استحقاقه والمقر يمتدح بوجوب أدائه عليه فيدفع الى الحاكم وقد نفي عنه الباس في التذكرة وخاره في جامع المقاصد والذي استقر عليه رأيه في التذكرة فيما اذا أقر بعين لزيد وأنكر ذلك زيد أن الحاكم ينتزع ذلك ويحفظه للمالك فاذا ظهر سلمه اليه وقال في (جامع المقاصد) انه أصح وفي (المبسوط والتحرير) في المقام أن الارش يرجع الى المقر وبه حكم في التذكرة أولا. قال انه أصح وجبى الشافعية ولم يتضح وجهه في المقام وفي الاقرار فديتصور له وجه كأن يقل الاصل في يد المسلم أن لا تكون عدونا وربما كانت يد استحقاق فلا يجوز الانتزاع من يده لان ذلك فرع كونها بفسير استحقاق وهو خلاف الاصل وان كان فيه نظر لان الاستحقاق خلاف الاصل والمعدوان خلاف الاصل فذلك قالوا انها توضع في يد الحاكم وكيف كان فقد اتفقوا في المقامين أنه لا يتصدق به عن المالك مع ان قضية المال الضائع المحلول للمالك أنه يجب التصديق به فوراً ولعل ذلك لانحصاره في المقامين بين محصورين ولهذا قالوا في الاقرار اذ رجع المقر الى لاقرأ سلمت العين اليه ولعلمهم يقولون هنا اذا رجع الراهن الى الاعتراف سلم الارش اليه وفصية كلامه تحرير والتذكرة والكتاب حيث قال فيها اذا قضى من مال اخوانه يجوز القضاء منه وفي (جامع المقاصد) انه صحيح لا مانع منه وقد يقال أن المانع موحود وكلام المبسوط لا يدل على ذلك حيث قول فان أبرأ المرتهن فليأتمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين ﴾ حكى الشهيد عن ابن المتوج انه قال هذه العارة غير متجهة فان حكم عليه بكونه جانياً فالصواب نودى على العبد المرهون الجناية ووجه تقديم قول الراهن مع يمينه راجع الى انه المرتهن أم لا نه السالك



ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان رهنه حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة (متن)

جدا ولهذا اضاف المصنف الى الدليل تمكنه من الفك حتى يكون متمصرا في الجملة وهذا ايضا ليس بما يحدى في نضمينه (الثالث) أن ما اورده عليه غير وارد لان بيع العبد صحيح في ظاهر الشرع كما هو واضح فيتم الاستدلال بالقياس من هذا الوجه بلا شبهة (الرابع) ان قوله نعم لو كانت الجناية خطأ وبيع بأمر الراهن فالوجه الضمان ظاهر (فيه) انه لو اعترف بان الجنائية خطأ وفول في تخيرت تسليمه للمخني عليه لسترقه لان جنائنه تنوعب قيمته لم يكن منه أمر ولا يكون أمر الحاكم منزلا منزلة أمره وله كالأفروض ما ذكره لاحتجاج الى الاستدلال بالقياس بل دليل الاجماع ولم يكن هذا الاحتمال بل يعنى الضمان كما هو واضح وقال في (جامع المقاصد) هذا اذا كانت الجنائية بعد الرهن اما قبله اية الذين قلنا لا يصح حتى المخني عليه حث رهن الجاني ولم يخبر بالحال وهو جيد جدا ووضح الوجه وسيدكره المصنف لذكره في (تذكرة) الربيه عندنا انه لا يغرم لانه اقر في رقة العبد بما لم يعقل اقراره فيه فكأن لم يترسكن لمالكه وما فعله تسليمه في الجنائية ويأتي تمام الكلام ان الله تعالى وقال في (جامع المقاصد) ان في العبارة مناقشة لانه لا معنى لقضاء الثمن في الدين لان الدين لا يانص فكأنه ان يقول اتضنا دينه من ثمنه فهو كلام مقلوب وهو فن من فنون (فان) في (جامع المقاصد) ان لا يقال وفي ثمنه في دينه وان اريد به الاداء كما اني لانا ادنى من (جامع المقاصد) صحيح ولهذا في المصنف في دون من ولو كان من باب القلب كما قال وفيه من ان من من دينه حد قوله نعم ﴿ ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان رهنه حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة ﴾ قضية ذلك ان الراهن لا يقبل اقراره وان كان مالكا في الحال لمكان التهمة لجواز ان يكون الراهن والمقر به قد تواطئا على ذلك حتى يرتفع الرهن (وفيه) ان تم انما يتم في صورة العصب والجنائية وما في صورة العتق فكأن التهمة مرتفعة ويرشد الى ذلك انه لا بد من تصديق المعصوب منه والمخني عليه في الاولين دون العتق فانه لا يشترط تصديق المبدئ بنبغي ان يكون الوجه في ذلك انه من ملك انشاء امر قبل اقراره به وهذا لا تلك انشاء فلا يقبل فيه اقراره (وعسك) تقول ان المشهور على انه يملك انشاءه فيبقى مراعى (لا تقول) وكذلك الحال في الاقرار يبقى مراعى اذ الفرض انه لا ينفذ في الحال وفي ذلك بلاغ أو تقول انه لا يملك الانشاء لانه ممنوع منه شرعا لانه تصرف وان انفذه مراعى اذا فعله وخالف الشرع فكان غير مالك للانشاء شرعا فكان غير مقبول الاقرار شرعا (وقد يقال) ان انشاء العتق لا يعد تصرفا كما قيل في بيع العصب فانهم جوزوه اذا اجازة مالك ولو كان نصرفا لما اجبت فيه الاجازة فكان الاعتماد على الاول (وقد يقال) ايضا ان عدم قبول اقراره في الجنائية مبني على ان رهن الجاني لا يجوز مع انه جائز فكيف لا يقبل اقراره فيها (قلت) قد تقدم التأمل في ذلك في العمدة وان قواعد الرهن تقضي بعدم جوازه وان ذهب الاكثر الى الجواز واما في صورة الخطاء فالظاهر انه لا خلاف في انه جائز كما هو ظاهر المسالك هناك نكس ظاهر اصحابنا ان مولاه لم يخبر على فكه وانه مخير بينه وبين تسليمه حيث تكون خطا - الا ان تقول هذا اذا لم يرهنه وقد

جنى قبل واما اذا رهنه كذلك فقد تقول انه التزم بفكته كما اذا باعه فيكون اقراره في صورة الخطاء نافذا فيغرم للمجنى عليه ويستمر الرهن فلا معنى لعدم قبول قول الراهن اذ لا تهمته حينئذ ولا مانع الا ان تقول ان هذا يخالف ظاهر كلام الاصحاب على ان ذلك يخل بلزوم الرهن في وجه وهو ما اذا عجز المجنى عليه عن اخذ الغرامة من الراهن فانه يرجع الى العبد فيخل بالرهن وان بعد الفرض الا ان تقول ان رهن الجاني خطأ ليس التزاما للفداء بخلاف البيع لان محل الجناية باق هنا والجناية لا تنافي الرهن الا ترى انه لو جنى وهو مرهون تتعلق به الجناية ولا تبطل الرهن وهو قول بعض العامة وظاهر جماعة كثيرين من اصحابنا في مقامات منها ما نحن فيه وما زاد في المسالك ان قال فيه وجهان ولم يقل قولان فتأمل واما حلف المرتهن على نفي العلم فانما هو اذا ادعى عليه العلم وقضية كلام المصنف والمحقق الثاني انه يحلف على نفي العلم وان قال لا ادري لانها اطلاقا الكلمة وفي المسئلة اشكال عظيم والذي استفاد من ظواهر الاصحاب انه حيث يقول لا ادري يلتزم (يلزم خ ل) او يرد احتياطا ولا معنى لتحليفه على نفي العلم لان المدعي يقول هذا عهدي وغضبه (وغضبه «ظ») مني لكنك لا تعلم وتحريرها في محلها وبعضهم يقول حيث يدعي عليه العلم انه يحلف على نفي العلم ولا يجب عليه الرد لو نكل واذا حلف على نفي العلم فان كان في الواقع عالما اندفعت عنه الغرامة دون الاثم وان لم يكن عالما فانما تندفع عنه باليمين الغرامة ولا اثم عليه حلف اولى يحلف كأن اسقطوا اليمين عنه وهذا في غير الجناية وأما فيها اذا كانت خطأ فلا غرم عليه ولا اثم حلف اولى يحلف علم ام لم يعلم لما عرفت من انه انما يغرم في فرض بعيد خلفه فيها لفيه لا غير ان قلنا بان رهنه التزام بفكته والا تخاله ما قدمناه بقوله في جامع المقاصد في توجيه حلفه على نفي العلم ان تخليص نفسه من الاثم والغرم امر مطلوب فاذا حلف اندفعت الدعوى لم يتضح لنا وجهه واما غرم الراهن للمقر له حيث يحلف المرتهن فلحلولته بين هؤلاء وبين حقوقهم برهنة قبل الاقرار (وفيه اولا) انه اذا اقر بما يوجب القصاص لم يقبل اقراره على العبد فلا غرامة وقد سمعت أما ما في التذكرة من انه قال الوجه عندنا انه لا يغرم لانه اقر في رقبة العبد بما لا يقبل اقراره نعم أن ملكه يوما فله تسليمه في الجناية وكذا لو اتفك انتهى ولعل مراده في التذكرة انه اقر بما يوجب القصاص وانه يسلمه للخصومة لا للجناية وكيف كان فيجب تقييد كلام المصنف هنا بما اذا اقر بما لم يوجب القصاص (وثانيا) انا قد بينا انه ان كان رهنه كيومه التزام بالملك في صورة الخطاء فعليه الغرم للمجنى عليه حلف المرتهن ام لم يحلف بل لو صدقه المرتهن كان عليه الغرم وقد بينا انه انما يحلف مخافة الحلل في الرهن في الفرض البعيد الا ان تقول ان مبنى الكلام في المقام ان رهنه ليس التزاما بالملك وبقي هنا شيء وهو ما اذا تعذر جواب المرتهن كأن مات وورثه يتيم فان المقر يغرم للمقر له قطعا كما في الاضاح وكيف كان فيحث يغرم ففي صورة النصب يضمن القيمة ولو ضمنه كل قيمة تعبد للعبد الى ان يفك او يموت اي العبد كان له ذلك وفي صورة الخيانة يغرم اقل الامرين من القيمة والارش على المشهور وعند الشيخ الارش في بعض اقواله في غير هذه المسئلة واما في صورة العتق فيأتي الكلام فيها انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف لها وبقي هنا شيء وهو ان ظاهر المصنف وولده والمحقق الثاني ان كل من ادعى عليه العلم انه يجب الحلف عليه على نفي العلم فان نكل وجب عليه الرد وبعضهم يقيد ذلك بما اذا لم يكن مثارا للفساد العظيم كتخليف كل من حكم له او شهد له على نفي العلم بالفسق او بان الشاهدين لم يشهدا زورا كما يأتي بيانه في آخر البحث

ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن او العبد فيعتق ولو نكل المقر له احتمال الضمان لا اعترافه بالحيولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله (متن)

في المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد لان الحق للمقر له والراهن لا يدعي لنفسه شيئا ولا يجوز الحلف لاثبات مال الغير ووجه احلاف الراهن انه المالك والخصومة بينه وبين المرتهن ولانه ينبغي عن نفسه الضمان وخلاصه منه امر مطلوب فاذا ردت عليه ابي الراهن فهل ترد بعد على المجني عليه يحتمل ذلك لان الحق له فلا ينبغي ان يبطل بنكول غيره ويحتل عدم لان اليمين لا ترد مرة بعد اخرى ويأتي الكلام فيما اذا ردت على المقر له فنكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن ﴾ اذا حلف المقر له اليمين المردودة ثبت الحق في المنصوب يأخذ المنصوب منه ماله ولم يتعرض له المصنف لظهوره وفي الجناية يباع العبد ان استوعبته اولم يمكن بيع ما تستدعيه الجناية والفاضل عنهما من القيمة يكون رهنا وان أمكن بيع مقدار الجناية فالباقي كما كان رهن كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد في بيان مختار المصنف (وقد يقال) ان اليمين المردودة ان كانت كالبينة او كالاقرار كان الحال فيه كالحال فيما اذا قامت البينة انه كان جانيا قبل او اقر المرتهن بانه كان جانيا كذلك فلا يصح الرهن في شيء منه ولا ينطبق ما في المقام الا على القول بانها ليست كأحدها (وكيف كان) فهل ليس للمرتهن الخيار في فسخ البيع ان كان الرهن مشروطا في بيع لان الفوات جاء من نكوله ام لا لانه لم يسلم له الرهن والنكول عن اليمين امر مندوب ﴿ قوله ﴾ ﴿ او العبد فيعتق ﴾ العبد بالجزم مطوف على المقر له ولما كان الاقرار بعقده لا يسمى في عرف الفقهاء اقرارا له لان شرط المقر له ان يكون ممن يملك الحق الثابت بالاقرار والعبد لا يملك نفسه الا مجازا فقوله في جامع المقاصد ان نظم العبارة ليس بحسن لان العبد مقر له فيندرج في قوله فالاقرب احلاف المقر له فلا يحسن قوله بعد او العبد فيعتق لان ذلك تكرار بفسير فائدة مع ايهاه عدم اندراجه في قوله المقر له ليس بحسن ولا صحيح بل هو جار على قواعد الاقرار خال عن التكرار مشتمل على ايماء الى ذلك لا على ايهاه بخلاف ذلك اتى به عن عمد وقصد والا فما كان ليخفى على المصنف مثل ذلك وقوله فيعتق بفتح الياء وكسر التاء يقال عتق يمتق عتقا خرج عن الرق كما في القاموس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نكل المقر له احتمال الضمان لا اعترافه بالحيولة ﴾ اي احتمال ضمان المقر لا اعترافه بالحيولة الموجبة لضمانه فلا يسقط الغرم الواجب بسببها بنكول المقر له كما هو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله ﴾ اي يحتمل عدم ضمان المقر لتقصير المقر له بنكوله وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تقصيره في اثبات حقه على المرتهن لا يسقط حقه على الراهن على أن النكول عن اليمين لا يمد تقصيرا لان اليمين محذورة والفرار عنها امر مرغوب وعدم تقصير الراهن بالاقرار لا يرفع ماوجب عليه بالمردوان السابق حيث رهنه ولم يخبر بالواقع ولعل غرض المصنف من تمكين المقر باقراره الاشارة الى معنى دقيق وهو انا لو مكنا كل أمر - من تحليف الآخر على نفي العلم فان حلف والا قضي عليه بالنكول أو وجب عليه الرد لكان ماثرا للفساد وهو اجترأ الناس على تحليف أصحاب المروات والديانات او الزامهم بالقرامات كأن يقول هذا الكتاب أو هذا

وغرامة العبد بفكك عند الحلول فان تعذر وبيع ففك بالقيمة وبالازيد على اشكل  
فان اعتق فلا ضمان الا في المنافع التي استوفاهما المشتري لاغيرها اذ منافع الحر لا  
تضمن بالقوات ( متن )

العبد أو هذا السيف أو الدار مالي وأنت تعلم ذلك فالحلف أورد اليمين علي أو يدعي على المدعي عليه  
انه يعلم فسق الحاكم أو ان الشاهدين شهدا زورا الى غير ذلك مما لا يصبى فلا بد من أن تكون  
الدعوى مما لا يستبعد وقوعها ولا يحصل منها ومن مثلها الفساد العظيم وبعض مشايخنا المعاصرين  
حرمه الله تعالى كان يتمسك بمثل هذا على الحلف على نفي العلم حيث يقول المدعي عليه لأدري فالمعنى  
الذي أراداه المصنف ان المقر باقراره ممكنه من سماع الحاكم دعواه وأخرجها عن موضع اثاره الفساد  
ولولا أن يقر له بذلك لم تسمع دعواه عند حاكم يقول بمثل ذلك ولم يمكنه من تحليف المرتهن على نفي  
العلم والزامه عند نكوله بالرد يقول المحقق الثاني ولا يحصل لقوله مع يمكن المقر باقراره فان رد اليمين  
على المقر له لا يتوقف على اقرار المقر له لم يصادف محله فليتأمل لكننا نحن لانواقفه على ذلك ان  
كان هذا مراده لان دعوى العلم بان هذا المال له كدعوى ان عذا المال له وقد فتحه الشارع  
شارعا والمسئلة محلها بابها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغرامته للعبد بفكك عند الحلول ﴾ لان غرامته له  
انما تعقل بفكك من الرهن اذ لا يعقل أمر آخر مثل غرم القيمة مثلا اذ الحر لا قيمة له قال في  
( جامع المقاصد ) قوله عند الحلول مستدرك بل مفسد لان فكك واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده  
وان كان بعد الحلول قد صار متمكنا من الزام المرتهن باستيفاء دينه وفكك الرهن الا أنه قبل الحلول  
لو أمكنه ذلك براضائه ولو يبذل زيادة وجب عليه ( قلت ) مراده بقوله عند الحلول عند  
التسكن لان الغالب فيمن يستدين انما يستدين لمكان الحاجة والضرورة وان كان من المتدينين بسنن  
الشريعة لا يستدين الا عند الضرورة وشدة الحاجة ولا يحتاج فيه الى قيد الغلبة والغالب فيهما عدم  
القدرة على الوفاء الا عند الاجل الذي يظن قدرته فيه عليه والا فكيف يحكم عليه بالقدرة عند عدم  
القدرة ثم ان الراهن قد يكون على غير المؤجل وهو الغالب فهلا اعترض عليه به ويرشد اليه قوله بعد  
ذلك فان تعذر وبيع وجب فكك اذ على ما فهمه الشارح يكون كفرض الحال فيبني الاعتراض عليه به  
أيضا فعلم ان قوله عند الحلول كناية عن القدرة والتسكن فخص هذا القسم من الدين بالذكر ليعرف  
منه حال غيره وار قال يفكك حيث يتسكن لكن أوضح وأحسن لكن هذا أدق وأقن وتوهم الفساد  
باده بدء يندفع بوضوح المراد مضافا الى ملاحظة ما بعده ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذر وبيع وجب فكك  
بالقيمة ﴾ معناه ان لم يتمكن في المؤجل وغير المؤجل لعدم القدرة على وفاء الدين كما هو الغالب اولتغير  
ذلك ثم تمكن من فكك بالقيمة فما دون وجب عليه الفك بلا شبهة كما في ( جامع المقاصد ) وبه جزم في  
الايضاح كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبالازيد على اشكل ﴾ أصح وجوب فكك عليه لوجوب  
تخليص الحر ولا يمكن الا بالازيد ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب فيجب ولو أحاط بمال الراهن  
واستلزم الضرر لانه أدخله على نفسه كافي ( الايضاح وجامع المقاصد ) الا أنه في الاخير استنتى ما اذا  
أجحف بماله ولم يرجح الشهيد في الحواشي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اعتق فلا ضمان الا في المنافع التي  
استوفاهما المشتري لاغيرها اذ منافع الحر لا تضمن بالقوات ﴾ لو أعتق لم يضمن الا المنافع التي استوفاهما

وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة (متن)

المشتري بنفسه أو بأذنه لا الرقبة لأن رقبة الحر لا تضمن إلا بثلاثة المنافع التي لم يستوفها لا تضمن لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات وظاهر العبارة أنه لو استوفى المنافع غير المشتري بأن غضب العبد غاصب فانتفع به أنه لا يجب ضمانها على المقر وهو محتمل لأن ذلك ليس ناشئا عنه لأنه عدوان ويحتمل الضمان لأن الظاهر أنه غضبه زعمه أنه مملوك وذلك الاعتقاد بسبب المقر كذا قال في جامع المقاصد فليأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة ﴾ أي يضمن منافع العبد قبل العتق في حال العبودية الظاهرية قال في (الايضاح) اوردت على المصنف رحمه الله أن ضمان منافعه لا يحكم شرعا بملك العبد لها والا لزم احداهما ان تملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعا واما ان يملكها المشتري فان غرنا المقر تسلسل والاتفت فائدة الترم ومعنى التسلسل انه لو اخذ المشتري غرامة المنفعة التي استوفها لزم المقر تلك الغرامة للعبد فلما ان يكون للمشتري اخذها اولاً فان كان الاول غرمها ثانيا وثالثا وهكذا الى ما لا يتناهي لانا قلنا ان كل غرامة يفرمها المقر للعبد فهي من منافع العبد فتكون للمشتري فيفرمها أيضا المقر وهكذا فيلزم التسلسل قال (وأجاب) المصنف رحمه الله بأنه يفرمها وتعد عند الحاكم لاحد امور ثلاثة اما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجنابة او حتى يعتق العبد أو يموت فيرثها الامام او وارثه الحر لان الاقرار باللزوم يعني العتق اقرار باللازم يعني الارث انتهى وهو كلام حق متين كما يظهر وجهه ان شاء الله تعالى (وقد اعترضه) المحقق الثاني بما لا يؤثر ان يقع من مثله قال واما ضمانها فقد يتوهم امتناعه للزوم التسلسل وهذا انما يتم لو قلنا بان كل ما ضمن للعبد لا بد من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري وليس ذلك بلازم لامكان ضمانه له على وجه يرضى ببقائه في يده او يد شخص آخر بالوكالة أو يسلمه اليه بحيث لا يعلم المشتري ويسره العبد عنه انتهى وقد سبقه اليه الشهيد في حواشيه وانت خبير بأنه اذا كان العبد محكوما عليه بالرقبة شرعا ولا سيما اذا كان لا يعلم انه اعتمه كيف يجوز له الحاكم او يصح له هو ان يسره عن مولاه ويتصرف فيه كيف يشاء والمفروض ان هذه الغرامة من منافع العبد وملكه فلا بد وان يلزم احد الامرين اما تملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعا أو التسلسل فإين الملك في ظاهر الشرع وكيف يمد هذا توهمها وهو حق واضح (فان قلت) فإمضى ضمانها حينئذ له (قلت) معناه انه لا يسلمها اليه بل يدفعها الى الحاكم كما صرح به الشهيد ونبه عليه المصنف في جواب ولده (ثم اعترضه) ثانيا بأنه انما يتم اذا قلنا بأن كل ما وصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه ومقتضى كلام المصنف الاتي فيما لو سعى العبد انه لا يضمن المقر الا أجره المنافع دون مادفه للكتابة عدم الضمان وحينئذ فاذا أخذه المشتري لا يجب ضمانه دفعة أخرى انتهى (وفيه) انه كيف لا يضمنه وقد فرط في دفعه له لعله بأن الحاكم يأمره بدفعه للمشتري وعله أيضا بأن العبد لا بد وان يدفعه اليه اذا لم يكن عالما بالعتق فكأنه رماه في البحر فالاصل في الضمان التفریط وعدم الايصال اليه لاما قاله الشارح كما هو واضح (واعترضه) ثالثا بأن قوله أجره المنافع تعدد الحاكم ان أراد به تعيين ذلك (ففيه) انه لا يتعين بل ان أمكن أن يرصني يد شخص بأذن العبد جاز بل هو متعين ومقدم على التسليم الى الحاكم (قلت) قد تقدم ما يدل على فساد هذا فكان الحال فيه كحال الغائب ويأتي بيان الحال ان شاء الله تعالى وكيف يصح للعبد أن يأذن وهو



وان كوتب بالقيمة أو بالادون أو بالازيد مع عدم التخليص الا به وجب على المقر تخليصه  
به فان سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف الميراث (متن)

ممنوع من ذلك شرعا خصوصا اذا لم يعلم بعقده فاذا كان ملكه كان لمولاه وان لم يكن ملكه  
لا حاجة الى اذنه (واعترض) على المصنف رابعا بأن قوله يضمنها لما يتبع به بعد العتق ليس بجيد لان  
مقتضاه المحصر في ذلك وليس بجيد لان هذا مال للعبد وتعد ايصاله اليه على ما قرره المصنف ان تم  
لا يقتضي بحصره في المصرف المذكور فانه لو صرف في ما كله وملبسه مع الحاجة جاز ولو صرف في  
نفقة قريبه اذا كان واجب النفقة جاز الى غير ذلك فلا وجه لما ذكره (وفيه) كما عرفت مرارا ان هذا  
المال اذا كان من منافع العبد وملكه كما هو المفروض وقد سلمه الشارح حيث قال هذا مال العبد وتعد  
ايصاله اليه لزم أحد الأمرين فكيف يصح التصرف فيها في منفعته وأقاربه ومنع المولى منها وهي ملكه  
لان ملكه ملكه وان لم تكن من منفعته ولا من ملكه صح للمقر (له خ) ولن يأذن له التصرف فيها  
وحيث قلنا انها ليست ملكا وللمقر حاجة في ابراء ذمته خوفا من عدم تمكنه بعد ذلك من ذلك على  
انه مأخوذ باقراره كان الشأن فيه كالشأن في مال الغائب يدفع الى الحاكم يحفظه له والغائب حاجته  
اليه بعد العتق كالجارية التي يقرها العبد وينكرها المشتري وكما اذا أقر بمالا أو تزوج  
امرأة بغير اذن المشتري وهي جاهلة بحاله فانه يرصد لهذه بيد الحاكم ولا يمنع أن يصرفه في ما كله  
اذا احتاجه لاملبسه لانه قد ينتزعه منه المشتري وفرض القريب الواجب النفقة نادر كحاجته اليه في  
المأكل فان كان للمالك صرفه في ذلك وكيف كان فكلام الشارح غير جيد لانه اذا سلم أنه  
ملكه كيف يصح له أن يجوز التصرف فيه والشرع نظايره بمنعه <sup>هـ</sup> <sup>هـ</sup> قوله <sup>هـ</sup> وان كوتب  
بالقيمة أو بالادون أو بالازيد مع عدم التخليص لا به وجب على المقر تخليصه به أي بما كوتب  
به سواء كان زائدا عن القيمة أو مساويا لها وناقصا عنها حيث تنذر فكه وقد لا يكون قوله بالازيد  
رجوعا عن الاشكال السابق في وجوب التخليص بالاريد من القيمة لان الغالب في الزيادة هنا أن  
تكون قليلة بخلافها هناك حيث يتمتع من يبعه فليأمل <sup>هـ</sup> قوله <sup>هـ</sup> فان سعى العبد ضمن الاجرة  
خاصة على الاقوى بخلاف الميراث أي فان لم يخاطبه من مال الكتابة لتصوره أو تقصيره وسمى العبد  
في أداء مال الكتابة فالواجب على العبد ضمان أحرة منافعها خاصة لان الاحرة قيمة المنفعة المستوفاة  
وكل منفعة مائة من الحر مصممة ولا يضمن ما أداه من مال الكتابة لانه دفعه بغير اذنه في فك  
رقبة لم تدخل تحت ضمانه لان ربه لا يضمن وفوق بين ما أخذه مولاه من كسبه وبين ما دفعه في  
مال الكتابة لان ما أخذه مولاه من كسبه بغيره مولاه عليه بسبب من المقر شرعي في الظاهر لانه أي  
السبب موجب بغير اختيار العبد والسبب الشرعي ظاهرا كالمباشرة في الاف كات ود الزور في القتل  
فانهم يقتلون دون الحداد وأما مال الكتابة فالعبد هو الذي قوره في نفسه فلم يكن المولى سببا تاما فيه  
واحتمل في (الايضاح) انه يضمن أكثر الأمرين من الاجرة وما أدى في الكتابة لان المقر سبب في  
اتلافه والمباشر هنا ضعيف والسبب أقوى لان المقر صبر كسب العبد مملوكا لغيره فان لم يكاتب ملكه  
بكونه كسب عبده وان كاتب ملكه بالكتابة فكان كما لو قدم الغاصب الى المغصوب منه طاماه مع  
جهله فأكله وفي (حواشي الشهيد) لوقيل بالأكثر كان وحماوفي (حاج المقاصد) انه الاصح (قلت) أكثر

وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه وكذا لو ابرأه السيد ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجح المقر بما دفعه في التخليص ( متن )

الفروع اما تخرج على ضمان أكثر الامرين واحتمل فيه تبعا للايضاح ضمان أقل الامرين لانه ان كان المدفوع أقل فهو التالف وان كانت الاجرة أقل فهي المضمونة على ما سبق أولا قال في ( جامع المقاصد ) وضمنه معلوم وأما قوله بخلاف الميراث ففي الحواشي انه جواب دخل مقدر تقديره لم حكمت هنا بضممان الاجرة ولو فرض موته فأدى مال الكتابة من ميراثه وجب ضمانه للوارث وان كان أريد من أجرة المنافع ( وجوابه ) انه مدفوع بأمر الشارع لا باختيار المكاتب وأمر الشارع نشأ عن تسبب المقر فيكون عليه ضمان الجميع وقال في ( الايضاح ) يريد أن يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ما أدى في فك رقبته او مات مورثه ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركه فان المقر يضمن العين لانه أداءه بأمر الشارع فيما وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه فلم يتحقق فيه تبرع أصلا ولا تتصور الاجرة هنا ولا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع وحاصله أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر والمدفوع هناك باختيار العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه ﴾ أي لو اشترى هذا العبد من الزكاة وأعتق أو أدى مال الكتابة من الزكاة فلا ضمان في هذا المال اذ لا منافع مستوفاة اذ لا تفويت ولم يدخل المأخوذ في ملك العبد واحتمل الشهيد ضمانه للاصناف وقواه هو والمحقق الثاني لان صرفه في غير وجهه مستند الى تسببه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو ابرأه السيد ﴾ أي لا ضمان وهذا المال الذي ابرأه السيد اذ لا مال بمقتضى الاقرار ولا ابراء ويحتمل أن يكن المراد أن لا ضمان له أصلا دلم يستوف المشتري شيئا من منافعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه ﴾ أي لو عجز المقر عن أداء جميع مال الكتابة وجب عليه أن يدفع ما يتمكن من دفعه لان فيه تخفيفا على العبد وتقليلاً لديه ومالا يدرك كله لا يترك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجح المقر بما دفعه في التخليص ﴾ يريد لو أن المشتري كاتب العبد دفع لمار قيمة العبد اليه أو الى المشتري باذنه لعجزه أي المقر عن تمام الكتابة لان كان أزيد من القيمة ثم ان العبد عجز عن أداء تمام الكتابة فرده المشتري الى الرقية فان المقر يرجع بما دفعه في التخليص لانساء عاقبته واحتمل الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني عدم الرجوع لان المشتري ملكه بالدفع على انه من مال الكتابة فالشان فيه كالشان في المأخوذ من الزكاة فانه لا يستعاد لو دفع الى المولى أو الى العبد فدفعه الى المولى فهنا أولى ( قلت ) عدم اسعادتها أي الزكاة في العرض محل ناهل ولم أجد مصرحا به لاي باب الزكاة ولا في باب المكاتب بل ظاهر بعض العبارات في البابين أن الزكاة انما تدفع حيث تورث حرية ( وقال ) المحقق الثاني الحق أن يقال انه الرجوع فيما بينه وبين الله عز وجل ان كان اقراره صحيحا واما ظاهرا فان دفع الى المشتري ذلك وأخبره بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه وكذا لو أر بأن الدفع ما كان الا سده الجهة والا فلا ( قلت ) الحق ان كان اقراره صحيحا ودفع ذلك الى العبد فدفعه الى المشتري فلا رجوع له بحال وان كان دفعه الى المشتري باذن العبد أو بدونه فله الرجوع اذ المفروض علم المشتري بذلك لانه في الصورة الاولى يملكه العبد الذي هو حر ولا كذلك في الثانية

ولو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً خالص منه بقدرها ولو أوصى لشخص بمخدمته دائماً ولا آخر برقيته فأعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمة مستوفاة ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافع المستوفان وما وصل إلى مولاه من كسبه ولو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للإمام (متن)

وكلام المصنف ينزل على الصورة الثانية وأما حيث لا يعلم المشتري فلا رجوع له ظاهراً ولا باطنياً وإن كان إقراره ظاهراً فتفصيل المحقق المذكور هو المتعين وذكر القيمة في الفرض لأن الواجب عليه فكه بما يتمكن وحيث عجز عن تمام مال الكتابة تعينت القيمة كما سلف له من قوله وإن كرتب بالقيمة إلى آخره فليأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً خالص منه بقدرها ﴾ إذا جنى هذا العبد الذي أقر الراهن بجزئته وكان باقياً في قيد الرق كأن كان قنناً صرفاً أو مكاتباً على عبد المقر أو نفسه أو مورثه الذي مات قبل الاستيفاء وورثه المقر فإنه يخلص منه من سلطان المشتري مقدار ما أوجبه جنايته كلاً أو بعضاً فإن كان الثاني يجب عليه أي المقر السعي في تخلص ما بقي ومن المعلوم أن المراد ما إذا كانت الجناية عمداً ولم يقتص أو خطأ وسلمه المشتري ولم يفده فلا ينبغي من الشهيد أن يناقش المصنف في الواضحات وقد تبعه على ذلك المحقق الثاني قال في الحواشي هذا ليس على إطلاقه بل إنما يتم إذا كانت الجناية خطأ ولم يفده المالك أو عمداً ولم يقتص أما لو اقتص أو فده المولى لم ينسحب الحكم انتهى وكيف كان فيسقط عنه وجوب تخلصه لكن لا يسقط عن العبد اقتصاص في العمد ولا المال في الخطأ فلو ثبت له عليه أجره المنافع قاصداً حيث تجتمع شروط القصاص أو يتأثر صلاحاً ولو فده المشتري حرم عليه أخذ العوض ولو دفعه في قيمته ليفكه بالشراء إلا أن يضره بالحال ويدفع إليه تبرعاً فلو لم يتبرع دفعه إلى الحاكم وكان كالمجهول المالك ولو خلس العبد من الرق وقاصداً أو تتأثر صلاحاً على الظاهر فليأمل وليس للمقر المطالبة بالجناية حيث يفكه المولى مادام في قيد الرق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أوصى لشخص بمخدمته دائماً ولا آخر برقيته فأعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمة مستوفاة ﴾ يريد أن المقر في هذا الفرض يضمن لهذا العبد الذي صار حراً واستحقت خدمته كل خدمة استوفاه الموصى له وأما المنافع التي فانت فإنها لا يجب ضمانها لأن منافع الحر لا تضمن بالقوات وفي (جامع المقاصد) أنه يضمن له كل ما استوفاه منه مما له قيمة من خدمة وغيرها وهو كذلك بناءً على ضمان أكثر الأمرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافع المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه ﴾ يريد أنه لو مات العبد عبداً ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث منافع المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه وهذا لا يجري إلا على القول بضمان أكثر الأمرين ويحتمل أن يكون المراد لو مات العبد وقد أوصى به قبل أن يعتق على ما سبق وقال في (جامع المقاصد) ولو سكت عن قوله الحر لم يضر لأن العبد لا يمد وارثاً والتقييد بالحر لا يكفي في كونه وارثاً أجره منافع المستوفاة على ما سبق وما وصل إلى مولاه من كسبه (قلت) وقد يكون التقييد بالحر لا يخرج ما إذا كان وارثه رقاً ولكن منافعهم تقوم بفكه ويبقى منها بقية فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للإمام ﴾ يريد أن المشتري لو أعتقه تبرعاً بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً فأخذ كسبه بالولاء إرثاً فإن المقر يضمنه للإمام إذا كان المقر قد أعتقه سائبه إذ لو أعتقه تبرعاً كان الولاء له وإلى ذلك أشار الشهيد في حواشيه حيث قال

ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها  
اخرج الكفارة والنذر ولا تزامم الديون والوصايا مع التكذيب ولو استولدها المشتري لم  
يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا (متن)

في كلام المصنف ليس على اطلاقه بل ان اعترف بعقته في واجب والا فلا وبالجملة في موضع  
يكون الامام وارثا انتهى واطلاقه ضمان الكسب للامام يتخرج على ضمان اكثر الامرين والالضمن  
اجرة المنافع خاصة كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة  
او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها اخرج الكفارة والنذر ﴾ اذا حاز المقر التركة وحده  
من غير شريك وقد كان مورثه اعتقه في كفارة فلا ريب ان اعتاقه غير مجز لان عقته باطل لانه اعتق حرا  
وكذلك لو نذر عقته بعينه قلنا نذره باطل فلماذا فرض المصنف انه اعتقه في نذر غير معين حتى يصح  
النذر ويطل العتق فيصير انه لو اعتقه حيث يجب عليه عتق بنذره او كفارة فان العتق يبطل وتبقى  
الكفارة والنذر في ذمة مورثه فيجب عليه ان يخرجها مما في يده وكذا لو كان مورثه اعتقه في زكوة  
واجبه وجب على المقر اخراج تلك الزكوة والامر في ذلك واضح اذا كان قد حاز كل التركة واما اذا  
كان قد حاز بعضها فان صدقة الشريك فذاك وان كذبه فلا بد ان يكون البعض بقدر الكفارة وان يكون  
الاقرار ينزل على نصيبه كما هو مقتضى كلام المصنف وان قلنا ان كل اقرار ينزل على الاشاعة لانه  
غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تزامم الديون والوصايا مع التكذيب ﴾ يريد ان هذه الكفارة الباقية  
في ذمة مورثه لا تزامم الديون مع تكذيب ارباب الديون له في انه حر لو ضاقت التركة فلا يقبل  
اقراره عليهم ويجب عليه صرف التركة في الدين وتبقى الكفارة في ذمة مورثه وقد حصل مقصوده  
بما فعله مورثه لانه كان يجب عليه دفع قيمته الى الفك وقد حصل لكن يجب عليه اخراج الكفارة  
من التركة على ما يقتضيه التسيط بحيث لا يعلم ارباب الدين بل لو كان اجنيا لوجب عليه ذلك اذا  
كان المال في يده كما اذا كان في ذمة الميت دين وعلم ان الوارث لا يؤدي فانه يؤدي اما مستقلا  
او باذن الحاكم كسئلة الحج وحينئذ فالواجب انما هو القدر الذي اشتراه به ما لم يزد عن ثمن المثل  
او عن قيمته يوم اعتقه ولعل المدار على قيمته يوم اعتقه سواء زادت بتعلم صنعة او زيادة صفة او نقصت  
بفقدتها وكذلك الحال في النذر الغير المعين من دون تفاوت ويبقى الكلام في تصوير منراحة  
الوصايا لها بحيث تستوعب التركة ولا ينفذ قرار المقر على اربابها لان الوصايا من الثلث فلا بد ان  
يبقى بعدها بقية فتصرف في النذر او الكفارة نعم قد يتصور قصور الباقي فلا تزامم في الثلث الا ان  
تقول انه يتصور ذلك فيما اذا اجاز الوصايا فيؤخذ بها ظاهرا وان حرمت عليه اجارتها هذا وفي (الحواشي)  
انه لا يزامم اذا لم يصدقوه واما اذا صدقوه فانه يزامم وانما يتم اذا كان المورث عالما اما مع الجهالة  
فان الغرم يختص بالمقر وان صدقوه انتهى فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استولدها المشتري لم يحسب  
على الولد نصيب المقر لو كان وارثا ﴾ يريد انه لو كان هذا المملوك امة وانتقلت الى المشتري فاستولدها  
ومات وكان المقر وارثا له فان نصيبه من المستولدة على تقدير الرقية لا يحسب على الولد من نصيبه من  
التركة لا اعترافه بكونها حرة (قلت) بل يجب عليه ان يدفع القيمة الى باقي التركة عن الولد فلو غرمها

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينتق لو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر (متن)

الولد لهم غرمها له لانه مكلف بالفك **قوله** (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينتق) لما كان هذا العبد حرا عند المقر فلو أن مشتره اوصى لهذا المقر من ماله بشيء معلوم (معين خ ل) شخصي أو غير مشخص وكان محتمل الزيادة عن الثلث ومات ولم يجز الوارث فاحتجنا الى معرفة قدر الثلث لتخرج منه الوصية فان العبد لا يحسب من التركة لانه ليس منها بزعم المقر فيكون له من الثلث بحسابه وكذا لو اوصى له بثلث ماله فإنه يأخذ من كل شيء ثلثة الا العبد لكنه يجب عليه ان يطلب من الوارث ان يحصر له ما اوصى له به في العبد ويصلحه به عما شخصه له اذا انحصر لانه لا طريق الى فكه حينئذ سواء وقال في (جامع المقاصد) قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه المتبادر منه ان ما اوصى به المشتري للمقر لا يخرج فان الضمير الاول للمقر والثاني للوصيه والثالث للعبد ولا يحصل له لانه لو اوصى له بعبد يختاره الوارث فدفع اليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية خصوصا اذا توقف تخليصه على القبول فإنه يجب قطعاً ويحسب من مال المشتري على هذا التقدير فلا تخلو العبارة من شيء الا أن تنزل من على معنى السببية وفيه مالا يخفى (قلت) اذا ضنا يخرج معنى يحسب لم يبق في العبارة شيء هذا واما قوله الا في اخذه في دينه الى آخره فقد قال في جامع المقاصد في بيانه ما نصه لو كان ما اوصى به له المشتري ديناً فدفع اليه عن دينه وجب القبول فينتق عليه حينئذ بمقتضى اقراره ثم قال (فإن قلت) انما يجب قبول المدفوع اذا ساواه جنساً او قدراً فكيف يجب قبول العبد (قلت) يمكن فرض المساواة كما لو كان العبد ثبت بالسلف وطابق الواجب ما في الذمة ويجب ايضاً قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين لا ان أمكن تخليصه بوجه آخر فاطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شيء (قلت) ما ذكره مراد المطلق لمكان القرينة التي هي القاعدة المألوفة ثم ان كلامه هذا يدل على ان الاستثناء استثناء من جملة قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه وقد قال بعد ذلك وليس الاستثناء منقطعاً لانه مما دل عليه قوله ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فكأنه قال لا يحسب منه في حال الا في اخذه من دينه على تقدير دفعه وعبارة الكتاب خالية عن الدلالة على وجوب القبول لان في كونه في حال الاخذ عن الدين محسوباً ما لا لا يستلزم وجوب الاخذ انتهى فتأمل وقوله الاخير لا يخلو من شيء لان المفروض بل والمتبادر انحصار الطريق فتأمل **قوله** (ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه) الضمير في انكاره راجع الى العدل فالمعنى انه لو اعترف الراهن والمرتهن بقبض العدل عن المرتهن بأذن الراهن وانكر هو لم يضر انكاره في صحة الرهن ولزومه ان قلنا بأشراط القبض لان تصديقه لا أثر له اذ المعتبر اقرارها **قوله** (ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر) لانه ان كان هو الراهن فلا بد من اليقين لنفي دعوى المرتهن وان كان المرتهن اتقى عنه بنير يمين وقد يكون انكاره ليستفيد به فسخ البيع المشروط به اذا كان قد تلف فلا بد من اليقين كما هو الظاهر من الكتاب لا كما فهمه في جامع

ولا تقبل شهادة العدل عليه ولو قال المالك بعتك السلعة بألف فقال بل رهنها عندي بها  
فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين وياخذ المالك سلعته ﴿المقصد الثالث﴾  
في الحجر ﴿الحجر﴾ اسبابه ستة البصر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس (متن)

المقصد ﴿قوله﴾ ﴿ولا تقبل شهادة العدل عليه﴾ اي على المنكر لان الفرض كونه وكيفا في القبض  
الذي به لزم الرهن ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه ﴿قوله﴾ ﴿ولو قال المالك بعتك  
السلعة بألف فقال بل رهنها عندي بها فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين وياخذ  
المالك سلعته﴾ لان كلا منهما مدع لشيء وينكره الآخر فيتحالفان ويندفع كل من العقدين المدعى  
بهما فيأخذ المالك سلعته ويبقى الدين في ذمته أي المالك بلا رهن ان أعترف به والا حلف بيننا  
جامعة لنفي الدين والرهن ﴿المقصد الثالث في الحجر﴾ وهو المنع من التصرف ﴿قوله﴾ ﴿الحجر﴾  
مثلثة المنع كما في القاموس والمحجور عليه هو المنوع والقهاء كثيرا ما يحذفون الصلة تخفيفا لكثرة  
الاستعمال فيقولون محجور قال في (المبسوط) الحجر في اللغة هو المنع والحضر والتضييق الى ان قال  
فاذا ثبت هذا فالمحجور عليه إنما سمي بذلك لانه يمنع ماله من التصرف فيه فاشار الى بيان الوجه في  
التسمية وما في التحرير من انه لفظة المنع (وفي الشرع) منع الانسان عن التصرف في ماله وكذا ما في  
الشرائع من ان المحجور عليه شرعا هو المنوع من التصرف في ماله لا يريدان بذلك أن الحجر  
حقيقة شرعية كما قد يتوهم بل المراد بالشرعي هنا المتوقف على الشرع في الجملة ومقابلته اللغوي والعرفي  
اعني مالا توقف له على الشرع اصلا فلا يتدح في الشرعية اشتمال الحد على شيء من المفومات  
اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق شرعي  
على مثل ذلك ولما لم يشبهه بغيره من ابواب الفقه ما احتاجوا الى ذكر بعض شرائطه واسبابه وقد  
اوضحنا الحال وازلنا الاشكال عن هذه المقامات عند الكلام على تعريف الرهن فلا بد من ملاحظته  
والمحجور عليه اما لمصاحبة الغير او مصاحبة (والاول) خمسة اقسام حجر المناس وحجر الراس وحجر  
المريض وحجر العبد والمكاتب وحجر المرتد فإنه لحق المسلمين (والثاني) ثلاثة حجر المجنون وحجر الصبي  
وحجر السفهيه وقد اورد على التعريف المذكور اعني منع الانسان عن التصرف في ماله ارادات  
ومناقشات وتندفع كلها بان يراد بالمنع فيه المنع في الجملة أو على بعض الوجوه اذ لا يمنع شرعا فيما نحن  
فيه عن الكل اذ ليس في الستة اضعف من الصبي والمجنون وهما غير ممنوعين عن اكل ما لهما عند  
الحاجة والشرب والسكنى ولبس ممنوعين عن العبادات ايضا والظاهر أن العبد كذلك فاندفع ما يقال  
انه أن اريد البعض يشكل بالصبي والمجنون وأن اريد الكل يشكل بالمريض ولا حاجة في دفع  
ذلك الى ما في المسالك وغيره بان المراد هو الاعم وبان يراد باضافة المال اليه ما هو اعم من الملك  
حقيقة أو ظاهرا وبحسب كونه في يده مسلطا عليه فيخرج المصوب منه ويدخل العبد وأن قيل انه  
لا يملك ولا ينبغي جعله مبنيا على مذهب من يقول انه يملك كما في المسالك لان المنع الذي ذكر فيه  
اعم من كونه عن ماله أو ما في يده من مال سيده ﴿قوله﴾ ﴿اسبابه ستة البصر والجنون  
والرق والمرض والسفه والفلس﴾ قد عرفت ان هذه هي التي جرت العادة بذكرها والا فهناك اسباب  
آخر تذكر في محالها كحجر البايح المثنى حتى يقبض الثمن اذ اوجبنا تأخيرها وحجرهما الثمن والمثنى

وهنا فصول (الاول) الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات (متن)

مع وجوب المساوات وحجر الصباغ والحياط حتى يقبض الاجرة وحجر المرثة البضع حتى يقبض المر  
 والمرهن الرهن حتى يقبض المال وحجر الردة الى غير ذلك كالحجر على الزاهن وعلى العبد والمكاتب  
 وقد قيل في وجه الحصر في الستة ان الحجر اما عام للاموال والدم أو خاص بالاموال والاول اما  
 أن يكون ذا غاية يعلم زوال سببها أولا والاول الصغير والثاني الجنون والثاني أما أن يكون الحجر فيه  
 مقصورا على مصلحته أو مصلحة غيره والاول السفه والثاني اما أن لا يكون مالكا للمحجور عليه فيه أولا  
 والاول الرق والثاني اما أن يكون موقفا على حكم الحاكم أولا والاول الخامس وهو الفس والثاني  
 المرض تنهى فتأمل فيه وثبوت الحجر بالستة مجموع عليه مضافا الى الادلة الآتية على كل بانفراده  
 مع موافقة الاعتبار كما سنسمع ذلك كله ان شاء الله تعالى وهي المخصصة للاصل وعموم الادلة باثبات  
 السلطنة وفي (حواشي الشهيد) ان الحجر ثابت بالنص والاجماع وأجمت الامة على شرعية وما  
 صنعه المصنف هنا من ذكره الفس في باب الحجر أولى مما في الشرائع والتذكرة وغيرها  
 من ذكره في باب على حده وكأنه لكثرة مباحثه وشدة ربطه بالدين حمل هذه وقبلة على اختلاف  
 الآراء والأمر في ذلك سهل **قوله** **وهنا فصول الاول الصغير ويحجر عليه في جميع**  
**التصرفات** بالنص والاجماع كما في (التذكرة) قال سواء كان مميزا أم لا لا ما استنتي كعبادته  
 واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وايصال الهدية واذنه في دخول الدار على خلاف في ذلك وقد  
 حكينا في باب الوقف عن المسالك اجماع المسلمين على انه لا يصح وقفه ونحوه عن السرائر الى غير  
 ذلك مما ذكرناه هناك وفي (مجمع البرهان) دليل الحجر على الصبي هو قوله تعالى (واتلوا اليتامى) الآية  
 والسنة واجماع الامة على كونه محجورا عليه في الجملة واما عن جمع التصرفات فظاهر انه لا دليل  
 عليه ولا قال به فقوله في التذكرة محجور عليه في جميع التصرفات يراد به الا ما استنتي ويؤيده ان  
 خروج العبادات والاسلام والاحرام من ذلك ظاهر بل لتباد التصرف الى ما أفصحت به  
 عبارة المسوط والغنية والشرع والنافع والتحرير وغيرها حيث قيل فيها انه ممنوع من التصرف في  
 اله أو من التصرف المالي ونحو ذلك وأما غير الثلاثة المذكورة فلا كثر على المع الا في ائصال الهدية  
 والاذن في دخول الدار كما في (مجمع البرهان) قال والظاهر ان هذين لا يحتاجان الى الاستئذان فان  
 محجور عليه الا باذن الولي وأبي في باب الوقف ماله نفع تام في المقام حيث ذهب جماعة الى صحة  
 وقفه ووصيته وصدقته فلا بد من مراجعته ولا يعتبر في الحجر أن لا يصح أصلا الا أنهم قولوا لا يحتاج  
 الى علم المهدي اليه والداخل بكون ذلك باذن الولي صريحا فله يكتب بالظاهر للعادة بأن الهدية في  
 محلها لم يأت بها الولد الا باذن وليه وكذا الاذن في الدخول لا يكون الا باذنه للقرينة فكأنه اكتفى  
 فيها بمثله لظهور سهولة الأمر لكثرة التداول والشيوخ بين المسلمين من غير نكير فكأنه كان في  
 زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع فقريرهم هنا ثابت وهو حجة (قلت) مرجع ذلك الى طريقة مستقيمة  
 وسيرة ثابتة واجماع مستمر قال ولا يبعد ذلك وامثاله مثل قول مثله من عبده وولده وتسليم ظرفه  
 اليهما وكذا تسليم ما كان عند الانسان بالعارية ونحوها الى شخص يوصله اليه من غير اذنه سواء كان  
 عبد المرسل أو ولده أو غيرها كما هو المتعارف خصوصا اذا كان بينهما صداقة وعلم من حاله أنه لا يكره

وانما يرول الحجر عنه بأمرين البلوغ والرشد اما البلوغ فيحصل بأمرين انبات الشعر الحشن على العانة سواء كان مسلما او كافرا ذكر ا او انثى والاقرب انه اماره ( متن )

بل يرضى علما أو ظلما متاخما له ويدل عليه عموم أدلة قبول الهدية من غير تفصيل بان يكون الموصل حرا بالغا فتأمل ومع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهى (قلت) فيما ذكره من استقامة السيرة واستمرار الطريقة وانقاد الاجماع ما يدفع التأمل ويعني عن الاحتياط ان ثبت عموم الحجر لجميع التصرفات

﴿ قوله ﴾ وانما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ والرشد أما البلوغ فيحصل بأمرين انبات الشعر الحشن على العانة سواء كان مسلما أو كافرا ذكر ا أو انثى والاقرب انه اماره ﴿ أي دليل وعلم لا انه بلوغ بنفسه وقد اختبر كونه بلوغا في صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهدب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها وصوم الشرائع وحجرها وحجر النافع وكشف الرموز وصوم الجامع وحجره وجهاد المتبهي والتذكرة وصوم التحرير وحجره وحجر الارشاد والتبصرة وصوم الجمعة والروضة وهو خيرة مجمع البيان وجوامع الجامع والغنية وكنز العرفان والجمعرية وقد حكى عليه الاجماع في الغنية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان وثوارق قضاء السرائر وكشف الرموز وكنز العرفان وصوم المسالك وفي حسنة بر يد الكناشي ان الغلام اذا زوجه أبواه كان له الخيار اذا أدرك أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر في وجهه أو أنت في عاتقه وفي خبر حران سئلت أبا حمزة عليه السلام قلت متى يجب على الغلام أن يأخذ بالحدود التامة ويؤخذ بها فقال اذا خرج عنه اليتيم وأدرك (قلت) فلذلك حدد يعرف قل اذا احتلم وبلغ خمس عشرة سنة أو أنت قبله الى أن قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر أو ينبت قبل ذلك وأما ما قر به المصنف من أنه اماره ودليل وعلم فهو خيرة المبسوط والخلاف وحجر التذكرة وكشف الحق وجامع المقاصد والمسالك وهو ظاهر الايضاح وفي ( المسالك ) انه المشهور وفي ( الخلاف ) ان عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وفي ( كشف الحق ) انه مذهب الامامية وفي ( التذكرة ) انه دليل على البلوغ في حق المسلمين والكفار عند عدائنا أجمع وقد استدلل شيخنا في الرياض على قوله في النافع يعلم بانبات الشعر الحشن على العانة الظاهر بل الصريح في كونه بلوغا لا دليلا باجماع نهج الحق والتذكرة وهما نصان في أنه دليل على انه ليس في الاول اجماع وإنما فيه ذهب الامامية كما سمعت وقد خبط في ذلك صاحب الحدائق في رده على صاحب المسالك فزعم ان اجماع التذكرة يرد القول بأنه اماره ودليل على سبق البلوغ مع انه قال في التذكرة قبل ذلك بلا فاصلة والاقرب انه دلالة على البلوغ فاننا نعلم سبق البلوغ عليه لحصوله على التدرج وللشافعي قولان أحدهما انه بلوغ والثاني انه دليل على البلوغ وقال بعد ذلك بلا فاصلة أعني بعد قوله علماءنا أجمع وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القولين الى أن قال وان قال انه بلوغ كان بلوغا في حق المسلمين والكفار ووجه انه بلوغ كذا وكذا ووجه انه دليل عليه وهو أظهر القولين عندنا ان البلوغ غير مكثب الى آخره (وكيف كان) فقد استدلل على كونه دليلا بتعليق الاحكام في السنة والكتاب على الحلم والاحلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يختص غيره بذلك ومعناه ان الحجر مستمر عليه الى أن يحتلم كما دل عليه الحديث فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يكن مستمرا الى الاحتلام فتعين أن يكون اماره وبأن البلوغ غير مكثب والانبات قد يكتسب بالدواء والحصوله على



التدرج والبلوغ لا يكون كذلك (قلت) قد علق في الخبرين حكان على الانبات وجعل فيها كالاختلام والخمس عشرة سنة فلم يتم الدليل الاول وقولهم ان البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكون مكتسبا (فيه) انه بظاهره لو تم للدليل على عدم جواز عد الانبات في العلامات المذكورة ولا كونه علامة على السبق ولعله لذلك تركه المحقق الثاني على ان القائمين به انما يريدون به الانبات الحاصل من جانب الله سبحانه بمقتضى العادة والطبيعة وحينئذ لا يمتنع أن يكون بنفسه بلوغا لانه مراد به ما هو أعم حتى يتجه ماذ كروه فليتأمل وقولهم لحصوله على التدرج قد يقال عليه ان العلامة تحصل بمجرد خروج شيء من الشعر لانه يقع في أول تحريك الطبيعة في أول الشهوة ولا توقف له على تزايد حتى يتجه قوله والبلوغ لا يكون كذلك فكان القول الاول أقوى مع موافقته للاصول الثلاثة السالمة عن المعارض واجتماعات القول الثاني لانه لا تأتي الحل على الاول فتأمل ويمكن ارجاع الاول الى الثاني بحمل حد البلوغ في كلام النهاية ونحوها على ما يعم العلم والدلالة فيرفع الخلاف بين فتاوى الشيخ في النهاية والتهذيب والمبسوط والخلاف وقيد الشعر بالخشن في العبارة وفاقا للمبسوط وغيره وهو المتبادر من الخبرين ولا ريب انه لا يكفي بمجرد الشعر لعدم خلو المولود عنه في جميع الاحيان مضافا الى الاصل بمعانيه وقيد بكونه على العانة كغيره لاخراج غيره من الشعور النابتة في المواضع المعهودة وفي (المبسوط) لا خلاف ان انبات اللحية لا يحكم بمجرد البلوغ وكذا سائر الشعور وحكم فيه بأنه علم على البلوغ والاجماع أيضا ظاهر المسالك وبذلك صرح في التذكرة وغيرها وحكم في صوم المبسوط ان اللحية والاشعار حد البلوغ ويمكن حمل الحد على ما يعم نحو العلم وفي (التحرير) ان الاقرب ان انبات اللحية دليل على البلوغ اما باقي الشعور فلا وقد يظهر من الشهيد الثاني انه في التحرير يقول ان انبات اللحية كانت انبات العانة والاختلام وبه أي بما ظهر من الشهيد الثاني جزم شيخنا في الرياض وقواه وليس كذلك على الظاهر لانه جملة في التحرير دليلا وامارة لا بلوغا بنفسه ونحوه في المبسوط والتذكرة حيث جعل فيهما علما ودليلا والحسنة يعني حسنة يريد لم يعمل بها أحد في خصوص ذلك بل ظاهر المبسوط والمسالك الاجماع على خلافتها بل لا يخالف أصلا وان قواه في الروضة فهو معلوم بل المخالف الشافعي لا غير في أحد قوله وقد سمعت ما أولنا به عبارة صوم المبسوط واطلاق اجماع الغنية منزل على المتبادر وهو انبات العانة بل لا ريب في ذلك هذا وقد يكون أراد في التحرير بالدليل السبب بمعنى انه بلوغ بنفسه لكنه في المسالك ذكر ان المادة قاضية بذلك وقد صرح في أول كلامه بأن الاغلب تأخير اللحية عن الملوغ وأغلبية التأخير تستلزم ثبوت التمدد في غير الاغلب فلم تطرد العادة ثم لافرق بين اللحية وغيرها فان الغلظة نائمة في الجميع فلا وجه لتخصيصها للدلالة دون غيرها ثم ان المادة متى كانت قاضية بدلالة نبات اللحية على البلوغ كان نائما دليلا بمقتضى العادة وقد صرح في كلامه بنفي العبرة به عندنا في جملة ما نص عليه من الشعور وظاهره الاجماع على ذلك فتأمل اذ يمكن تجشم الجواب عن الامرين وأما شعر الابط فلا اعتبار به عندنا كما في التذكرة كتقل الصوت ونهود الثدي وتوطرف الحلقوم وانفراق الارنبه واخضرار الشارب وأما انه لافرق في كون انبات شعر العانة دليلا على البلوغ في المسلمين والكافرين ففي الخلاف أن عليه اجماع الفرقه وأخبارهم وفي (التذكرة وظاهر كشف الحق) الاجماع عليه والمخالف الشافعي فانه جملة دليلا في حق الكفار خاصة لانه يمكن الرجوع الى المسلمين في معرفة بلوغهم ومرآة الآباء والاعتماد على أخبارهم بخلاف الكفار ولان المهمة تلحق المسلم بهذه العلامة لانه يستفيد الكمالات والولايات والكفار يقتلون وتضرب عليهم

ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف (الثاني) خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والانثى (متن)

الجزية وأما انه لا فرق في ذلك بين الذكر والانثى فهو المعلوم من معاهد الاجماع والفتاوى لمكان الاطلاقات وتنقيح المناط من الحسنة أو الاجماع المركب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف ﴾ الزغب محرکه صفار الشعر ولينه حين يبدو من الصبي من باب تعب كما في القاموس وغيره وكأن المراد بالشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الحشن وقد ذكرها في التذكرة واقتصر في المبسوط على الزغب كما انه اقتصر في التحرير على الشعر الضعيف وفي (المسالك) ان الشعر الضعيف يعبر عنه بالزغب ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والانثى ﴾ أما كون خروج المني بلوغاً فهو صريح المبسوط وقعه القرآن لاراوندي والغنية والشرائع والتحرير والارشاد وفي (المسالك) الاجماع عليه في الذكر والانثى وهو معنى قوله في صلوة التهذيب ووصايا النهاية والمهذب وصوم السرائر ووصاياها وصوم الشرائع وكشف الرموز وصوم جامع الشرائع وحجره وحجر التذكرة وصوم التحرير وحجر التبصرة والجعفرية وحجر جامع المقاصد وصوم الروضة ان حده الاحتلام وانه يحصل به وانه بلوغ لان الاحتلام كما في التذكرة خروج المني الدافق الذي يخلق منه الولد وقال انه بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع وفسر الحلم في التذكرة أيضاً بخروج المني من الذكر وقبل المرأة مطلقاً سواء كان شهوة أو غيرها بجماع أم بغيبه في نوم أو يقظة قال ولا يختص بالاحتلام بل منوط بتطابق الخروج مع امكانه واستكمال تسع مطلقاً عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصة وأما في جانب الذكر فما رقت له على حد لصحابتنا وفي (مسالك) ان ما بعد العاشرة محتمل وبه أي الحلم وظهور المني عبر في الغنية وادعى جماع الطائفة وظاهر صوم المبسوط والوسيلة أو صريحها كنوانر قضاء السرائر تخصيص الاحتلام بالذكر وفي (مجمع البرهان) تحقق البلوغ ببلوغ النكاح بمعنى الحد الذي يتمكن معه من الجماعه والانزال جامع أم لم يجامع انزل أم لم ينزل وظاهر كلامه اجماع الاصحاب على تحقق البلوغ به وكلامه متصور على الذكور وفي (حومع الجامع) بلوغ النكاح هو أن يحتلم لانه يصلح للنكاح عنده أو يبلغ خمس عشرة سنة أو ينبت وتفسيره بلوغ النكاح هنا بالاحتلام لا ينافي ما ذكره في المجمع من عدم ارادته منه فان المنفي ارادته على وجه الخصوص ولثبت ارادته لكونه مما يعرف به بلوغ النكاح كما يقتضيه التعليل هذا والخبار التي علق فيها التكليف الالزمة على الحلم والاحتلام معتبرة مستفيضة وفيها الصحاح والظاهر عدم الفرق في الاحتلام بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة خلافاً لما حكى عن بعض أهل الامة ققصره على الاول والنوم غير معتبر على الظاهر في البلوغ اتفاقاً كما في الكفاية وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والكتاب) فيما يأتي وجامع المقاصد والروضة أن الخشي أن أمني من الفرجين وان حاض من فرج الاناث وأمني من فرج الذكور حكم ببلوغه وانه ان أمني من أحدها لم يحكم ببلوغه وفي (التذكرة) انه المشهور عند علمائنا وفي (المسالك) انه هو الذي اختاره أكثر العلماء ووجهه بأنه لو أمني من الفرجين فان كان ذكراً فقد أمني من فرجه المعتاد وان كان أنثى فكذلك ومثله لو أمني من فرج الذكر بعد مضي تسع سنين وامكان الامناء من الذكر لانه ان كان أنثى فقد بلغ بالسن وان كان ذكراً فقد أمني في وقت امكانه وأما حيضه من فرج الاناث وامناؤه من

(الثالث) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى (متن)

فرج المذكور فدلالته على البلوغ واضحة وأما انه لو أمني من أحدها خاصة لا يحكم ببلوغه فليجوز أن يكون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا ومثله لو حاض من فرج النساء خاصة (قلت) لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة جدا وللهجويني قول نفي عنه البأس في التذكرة وكذا المسالك وكأنه مال اليه في التحريم وهو أن ذلك كاف في البلوغ لان خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول خاصة وكذا القول في الحيض والمنى من فرج الانثى (قال) وكيف ينتظم منا أن نقول انه ذكر أمني ولا نحكم بأنه قد بلغ ولان خروج منى الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعمين ومتى ثبت التعمين كان دليلا على البلوغ ولان خروجهما معا دليل على البلوغ فخرج أحدهما أولى لان خروجهما يفضي الى تمارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض ومنى رجل (وقد يقال) مع تحقق هذا المحب لا يبعد خروج الحيض من الذكر ولا خروج المنى من ذكر المرأة والبول دليل حص من نص واجماع فالخروج عن الأصل وقول الاكثر مثله متشكل عند تحصل أن الخنثى المشكل لما كان منحصر في الذكورة ولا نوثه وانما يشتبه حكمه في الاخلاق بأحدهما فتمى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقق فيهما أما لا اشتراك بينهما كالانبات أو الاخلاق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة أو لسكونه حامعا للوصفين على التفديرين كما لو أمني من الفرجين أو حاض من فرج الانات وأمني من فرج المذكور حكم عليه بالبلوغ (اذعرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فان ظاهرها كسأرة الشرائع أن المنى قسما ما يكون منه الولد ومالا يكون وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول وقد قال في (المسالك) انه فهم هذا المعنى جماعة وفي (حواشي الكتاب) نقلا عن بعض العلماء انه يعلم المنى الذي منه الولد بما ليس به من بوض في الماء فان طمى فليس منه الولد وان رسب منه الولد قال في (المسالك) والظاهر ان هذا المعنى فاسد بل المعتد في البلوغ خروج المنى مطلقا سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه أم لا لاطلاق الصوص الدالة على ذلك المتناول لمحل النزاع والوجه في هذه الصمة انها كاشفة لامقيدة والمراد أن المنى هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد وان يخلف في بعض الافراد لعارض وفي عبارة التذكرة خروج الماء الذي منه الولد فالصفة مقيدة ولا بد في هذا أيضا من ارادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد مامن شأنه ذلك لتلا مهم اشتراط كونه بالفعل وقيد بوضع المعتاد مع اطلاق الادلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا وفي بعضها بلوغ الكاح فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به - قوله ﴿ الثالث السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى ﴾ هذان الحكمان قد حكى عليهما الاجماع في الخلاف والغنية وظاهر نوادر قضاء السرائر وحجر التذكرة وكنز العرفان في تفسير الآية التفسيرية وآيات المقدس الاردبيلي وفي (المسالك) ان بلوغ الذكر بالحس عشرة هو المشهور بل كاديكون اجماعا وان بلوغ الانثى بالتسع مشهور وعليه العمل وفي (السرائر) الاجماع واقع على التسع وفي (ايضاح الافئدة) ان بلوغ الذكر بأس عشرة عليه الفتوى وفي (المقتصر) انه مذهب الجمهور من الاصحاب وظاهر مجمع البيان وكشف الرموز اجماع الاصحاب عليه وهو أيضا ظاهر آيات الاسترادي وفي (المختلف وغاية المرام) انه المشهور بل قد تشعر عبارة الشرائع واللمعة بدعوى الاجماع حيث لم ينقل فيها خلافا في الذكورة

قلها له في الاثني عشرة وقد حكيت الشهرة على الحكمين في المذهب البارع والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ومما صرح فيه بالحكمين حجر المبسوط وصومه وحجر الخلاف والغنية كما سمعت وحجر فقه القرآن، فراوندي وصوم السراير ونوادق قضائها كما عرفت ووصاياها وحجر الشرائع وصومها وحجر النافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والبصرة والايضاح وصوم التحرير واللمعة وكنز العرفان وجامع المقاصد والجعفرية وصوم الروضة وحجر المسالك وآيات الازديلي وصلوة المفاتيح ومما صرح فيه باعتبار الخمس عشرة في الذكر جوامع الجامع وخمس الوسيلة وصوم جامع الشرائع وحجره وجهاد المنتهى والتذكرة والفقهاء في موضع منه وفي (التذكرة والمسالك) ان بلوغ الذكركم لا يحصل بالعلم في الخمس عشرة بالاستصحاب وقوى الاصحاب وظاهرهما الاجماع ومما نص فيه على بلوغ الاثني بالتسع وسكت فيه عن ذكر الذكركم صلوة النهاية ووصايا المذهب ونكاحه ونكاح الوسيلة فقد انحصر الخلاف في بلوغ الذكركم في أبي علي فيما حكى عنه حيث قال انه أربع عشرة وظاهر الفقيه في باب انقطاع نيم اليتيم انه يحصل باستكمال ثلاث عشرة والدخول في الاربع عشرة وكأنه صار اليه بمضي متأخري المتأخرين كالازديلي وصاحب المدارك وصاحب الكفاية وحكاها فيها (١) عن ظاهر التهذيب والاستبصار وحكاها في المدارك قولاً ولم يبين القائل كما ستعرف لكنه في الفقيه تردد في الحد الذي يؤخذ فيه الصبيان بين الاربع عشرة والخمس عشرة وهو يناه في الاول وان بقي متردداً بين الاربع عشرة والخمس عشرة وقال في (المقنع) انه يؤخذ ما بين أربع عشرة الى ست عشرة ومثله ما في الخصال في أبواب الخمسة عشر لكنه في أبواب الثلاثة عشر ذكر ان بلوغه ثلاث عشرة الى أربع عشرة وفي موضع آخر من الفقيه وافق المشهور كما عرفت ويلوح من قضاء النهاية العمل بمحدث المالكي المتضمن ان بلوغ الصبيان ثلاث عشرة أو أربع عشرة وقد يلوح أيضاً الاستبصار واستعرف الحال في هذه الاقوال والمخالف في الاثني عشر ابن حمزة وابن سعيد في خمس الوسيلة وصوم الجامع وحجره ففي الاولين ان بلوغها بعشر سنين تامة وقد حكاها في اللمعة عن المبسوط ولعله في موضع لم يتر على وفي الثاني تسع أو عشر وقد عرفت أنه في نكاح الوسيلة وافق المشهور وستسمع قول أبي علي من اعتبار التزويج والحمل مع التسع وقد ذكر في المسالك أن في بلوغ الذكركم قولاً بالثلاث عشرة ولم يبين القائل والاتفات فيه اما الى قول ابن الجنييد وهو بعيد لانه يجب أن يراد بالاربع عشرة في كلامه الدخول فيها وبالثلث عشرة هنا اكملها والدخول فيما بعدها أو الى قول الشيخ في النهاية من العمل بمحدث المالكي ان حمل على الاقل وهو غير متعين فيه أو ما يلوح منه في الاستبصار من القول بالثلاث عشرة أخذاً برواية عمار لكنها غير ضعيفة بل موثقة وهو قد قال اسناداً الى رواية ضعيفة واستدرك ذلك من الاستبصار محل نظر الا أن يقال انه الثمار الى ما في الفقيه في نيم اليتيم وهو أيضاً بعيد في الجملة على انه لا اختلاف كلامه لا يتعين ذلك مذهبا له وقد عرفت أن سبطه حكى القول بالدخول في الاربع عشرة ولم يبين القائل ونحن لم نجد به قائلًا على التعمين وإيراد الشيخ الحديث الدال عليه لا يقتضي كونه قولاً له وكذا الصدوق وان اوردته في كتابه الذي ذكر انه لا يورد فيه الا ما يقتضي به لأنه قد اورد فيه أيضاً ما يناهيه فلم يتعين ذلك مذهبا له وحكى في (مجمع البرهان) قولاً بالدخول

(١) أي في النهاية (منه قدس سره)

في الخمس عشرة واختاره ولم اجده في كلامهم عينا ولا ائرا ولعله ملتفت الى قول ابي علي بالاربع عشرة بناء على أن استكمالها انما يتحقق بالدخول فيما بعدها لكن الذي يستفاد من التنقيح وغيره ان مذهب ابي علي الدخول في الرابعة عشرة وقد قال في (مجمع البرهان) ان القول بالثلاث عشرة هو الظاهر من الشيخ في كتابي الاخبار وقد سمعت ما حكاه عن ظاهرهما في الكفاية ونحن نمنع الظهور فيما ادعياه وذلك أن الشيخ أورد في باب الصبيان حتى يؤمروا بالصلاة من الكتابين الاحاديث الواردة في تأديب الصبي بالصلاة وذكر في التهذيب حديث عمار في جملة هذه الاخبار ولم يذكر ما يوم الاخذ به في تحديد البلوغ وأما الاستبصار فإنه اورد في اول الباب حديث علي بن جعفر في الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة قال اذا راهق وعرف الصوم والصلاة وعقبه بحديث عمار وهو هذا عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فاذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك اذا أتى لها ثلاث عشرة او حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم ثم قال فلما ما رواه وساق الروايات المتضمنة لاخذ الصبيان بالصوم اذا أطاقوه وبالصلاة بست سنين او سبع سنين وفيما بين الست والسبع وقال فالوجه في هذه الاخبار أن نعملها على ضرب من الاستحباب والتدب والتأديب والاداة على الوجوب لثلاث تناقض الاخبار وايراد حديث عمار في هذا الباب يقتضي كرم الحديث المذكور وما قبله من جملة اخبار الباب ومقتضى الجمع الذي ذكره وجوب الصلاة عليه أو أخذه بها اذا راهق الحلم أو بلغ ثلاث عشرة سنة دون ما قبله ولا دلالة في ذلك على كون الثلاث عشرة حدا للبلوغ كالمراهقة والذي ينبغي أن يقال في كلام الشيخ انه انما قصد بما ذكره مجرد الجمع الراجع للتناقض دون أن يكون ذلك قولاً فان رواية عمار صريحة في التسوية بين الغلام والجارية فيما تضمنته من التحديد وهو خلاف الاجماع في الاثني عشر أو بد منه الثماني أو تحديد البلوغ وما ذكره اجزاء من أذالمالار ذهاب شرايخ أيضا الى التحديد بالبلوغ سنرة فكتأنا أراد بغيره المدوق كما يفصح عنه ما ذكره في كتاب البيع حيث قال وفي تحقفه بالشروع في الاربع عشرة قول قوي والاجماع على غير غير معلوم بل هو ظاهر الاستبصار والفقهاء وقد عرفت الحال في مافي الكتابين وعلى تقدير التسليم فلا ريب أهمها لا يقدران في الاجماع واما صحيح عبد الله بن سنان أو حسنه الذي اعتمد عليه بعض متأخري المتأخرين عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتبت عليه السيتات وكتبت له الحسنات وجزاله كل نبي الا ان يكون ضعيفا أو سفيا فيه (اولا) انه لا يكافي ادلة المشهور (وثانيا) انه يمكن أن يكون المراد اذا بلغ حد النكاح في ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة الا ان ثلاث عشرة بيان أو بدل من أشد أو يحمل الوجوب على تأكيد الاستحباب ولا يضر الاول قوله احتلم أو لم يحتلم ولا الثاني قوله كتبت عليه السيتات فليتأمل ولا يبعد أن يراد منه كمال العقل وتحقق رشد كما ورد في القرآن المجيد وقال بعضهم انه شاذ وهو كذلك لا بالتوجيه الذي ذكرناه وكذا غيره من الاخبار الاخر كالصحيح والموثقين والخبر المألوفة للمشهور المختلفة في الدلالة ويبدل على المشهور في الذكور الاصول الكثيرة والاجماع التي كادت تبلغ اثني عشر اجماعا من صريح وظاهر ومشعره بل هو معلوم ومع ذلك قد أيدت بالشهرات

المستفيض نقلها مع العلم بها واخبار الباب وهي بين عامية وخاصية فمن الاوّل النويان المرويان في الخلاف والغنية والتذكرة وكنز العرفان وغيرها في احدهما اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه واخذت منه الحدود ونحوه الاخر المروي عن ابن عمر وأما الاخبار الخاصة فمنها خبر حمران عن ابي جعفر عليه السلام الجارية اذ تزوجت ودخل بها ولما تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع اليها مالها الى أن قال قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يشعر او ينبت قبل ذلك وقد رواه في مستطرفات السرائر نقلا من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب الا انه رواه عن حمزة بن حمران وحسنة الكناسي عن الباقر عليه السلام قال الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه او ينبت في عاتقه قبل ذلك والشهرات والاجاعات تجبر ما هناك من سند او دلالة فلا يرجع على ما يقال ان البلوغ أهم من الاكالم والشروع اذ النبوي اذا انجبر سنده كان نصافي المقام على انه قال في المسالك أن الداخل في الخمس عشرة لا يسمى ابن خمس عشرة لغة ولا عرفا فلي تأمل واما الصحيح الذي فيه في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة أو اربع عشرة سنة فانه ربما يستدل به على المشهور لظهوره في عدم الزامة بالصوم قبل الخمس عشرة لمكان التخير الثاني للوجوب العيني وحيث لا قول بالوجوب التخيري حتى من أبي علي تميم حمل الاخذ فيه على الاخذ المستحب كما يشهد به صدوره حيث قيل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلاة قال ما بين سبع وست سنين فقال في كم يؤخذ بالصيام الى آخر ما تقدم والأخذ الاول مستحب اجماعا فكذا الثاني جمعا يقتضيه السياق وتحديد به الحد المذكور ظاهر او صريح في ارتفاعه بالبلوغ اليه وهو ملازم للوجوب بعده اذ لا قائل بالاباحة حينئذ وكيف كان فلا يدل على مذهب أبي علي ولا على ما مال اليه او قال به بعض متأخري المتأخرين وكذلك الخبر الذي تضمن انه من ثلاث عشرة الى اربع عشرة على انه ضعيف شاذ كما لموثق اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث والموثق الآخر اذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث (وقال كاشف الرموز) البلوغ يحصل بخمس عشرة ولعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على انه احتلم أو انبت وهو جيد جدا وأما الاخبار الدالة على بلوغه بالعشر فهي كثيرة واردة في الطلاق والوصية غير مكافئة للأدلة المتقدمة فيراد منها دفع الحجر عنه في الامور المذكورة كما ذهب اليه جماعة ولا يلزم من ذلك حصول البلوغ تماما وهي مع قصور سندها معارضة ايضا باخبار أقوى منها تأتي انشاء الله تعالى في الطلاق ويدل على بلوغ الاثني بالتسع الاجاعات من صريح وظاهر وهي ثمانية معتمدة بما سمعته من الشهرة والاخبار المستفيضة والقائل بالعشر لا مستند له الا رواية مرسلة قاصرة عن المكافئة وما في الموثق انها اذا أتت لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة فهو شاذ قاصر عن المكافئة ايضا والاصول مقطوعة بالادلة القاطعة وما ذهب اليه ابو علي من عدم ارتفاع الحجر عنها الا بالتزويج والحمل فشاذا لا مستند له هذا وظاهر التذكرة والمسالك اجماع الاصحاب على عدم كفاية الطعن في الخمس عشرة والتسع بل لا بد من اكالمها وهو مقتضى الاصول وظواهر النصوص والقنواي الحاكمة بالبلوغ جمعا بحكم التبادر والصدق عرفا وعادة كما سمعت ذلك آنفا عن التذكرة والمسالك وقد سمعت قوله صلى الله عليه وسلم في الخبر المروي في كتبنا مستفيضا اذا استكمل المولود خمس عشرة وما في الخبر اذا دخل بها ولما تسع سنين وهما صريحان في ذلك فنناقشته

## (الرابع) الحيض والحمل دليلان على سبقه (متن)

في جمع البرهان في ذلك واكتفاؤه بالعلم فيها لم تصادف محزها هذا والمعتبر من السنين الهلالية اغني القرية دون الشمسية لان ذلك هو المهود في شرعنا كما في المسالك وهو كذلك لانها المتبادرة لان كانت هي المتعارفة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الرابع الحيض والحمل دليلان على سبقه ﴾ كما هو صريح حجر الشرائع والارشاد والروضة والمسالك وصوم الروضة بل في الاخير الاجماع عليه تارة ونفى الخلاف عنه اخرى وفي (جمع البرهان) الظاهر انهما دليلان بالاجماع وفي (التذكرة) الحيض في وقت الامكان دليل البلوغ لا نعلم فيه خلافا وصرح حجر المبسوط أيضاً وخمس الوسيلة وصوم التحرير أن الحمل علم ودلالة وهو ظاهر صوم المبسوط ووصايا النهاية والمهذب وحجر التذكرة في اثناء كلام له فيه لكن ظاهر صوم السرائر ان الحمل بلوغ وهو ظاهر حجر التحرير وكذا حجر التذكرة في أول كلامه وهو صريح نواذر (النواذر خ ل) قضاء السرائر ووصاياها وحجر الجامع بل نسب في الاخير القول بأن الحمل دلالة الى القيل وهو غريب وأما الخالف في الحيض في الظاهر ففي صوم المبسوط وحجره ووصايا النهاية وخمس الوسيلة ونكاحها وحجر الغنية وصوم السرائر ونواذر قضائها ووصاياها وصوم الجامع وحجر التحرير أن الحيض بلوغ بل في الغنية الاجماع عليه فالاجماع متصادمة ظاهرا كافتاوى بل في المسالك لاخلاف في كونها دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونها بلوغاً بنفسها ويمكن الجمع بأن يكون المراد من كونها بلوغاً بنفسها تعليق احكام البلوغ في النسرع عليهما وان كانا كاشفين عنه حقيقة ودليلين على سبقه بالانزال والسن ويرشد الى ذلك في عبارة المسالك قوله بعد ذلك بلا فاصل اما الحيض فقد علق الشارع احكام المكلف عليه في عدة اخبار ركقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل صلوة حائض الاخبار وقوله صلى الله عليه وسلم لا سماء بنت أبي بكر ان المرأة اذا بلغت الحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأستار الى الوجه والكفين ويقتضى الكلام في عبارة الترائع حيث قال انهما ليسا بلوغاً في حق النساء بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ وظاهره انه متردد في دلالتها مع انها اجماعية كما عرفت ولعله انما أتى بقيد المفيدة للتقابل لانها مسبوقان غالباً بغيرها من العلامات خصوصاً السن ودلالتها على البلوغ بحيث يتوقف العلم به عليهما نادرة فناسبه التقليل ويمكن أن يكون التقليل في الحيض اشارة الى ما قالوه في باب الحيض من أن الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضاً وان كان بصفته وانما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها وحينئذ تنفي فائدة دلالاته لانه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يحتاج اليه (ويمكن) أن يقال تظهر الفائدة في المجهول سنها فانها اذا رأت ما هو بصفته جامعا لشرائطه في القلة والكثرة يحكم بكونه حيضاً ويكون دليلاً على سبق البلوغ ولا يحكم بكونه قبل التسع مع ان الغالب في مثله أن لا يقع الا بعد التسع وحينئذ تناوله دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه حيض لغة وعرفاً ومعنى دلالتها على سبقه انهما اذا وقعا يحكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو وقعت عقدا قبلهما بلا فصل محكم بصحته (١) وليعلم ان الولد لا يتيقن (١) وليعلم انه لا فرق بين الدليل والعلم والامارة والدلالة في كلامهم في هذه المقامات لكن قد يستعمل الدليل في نفس البلوغ والسبب كما احتملاه آنفاني عبارة التحرير ولقد رأيت الشهيد يفرق بين الدليل والامارة بفرق غير سديد على الظاهر المعروف من كلامهم قال الدليل لا يتأخر عن المدلول والامارة قد تقارن وقد تتأخر بمعنى تفك فان أراد ان ذلك مراد في المقام فأول ممنوع وان أراد في غيره فمسلم اذ قد نسمع بكاء أهل الملك فيمكن انه قد مات ويمكن انه أغمي عليه (منه قدس سره)

والخشي المشكل ان امنى من الفرجين او حاض من فرج النساء وامنى من الآخر حكم  
يلوغه والا فلا واما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه  
اللاثقة بأفعال العقلاء ( متن )

الا بالوضع فاذا وضعت حكما بالبلوغ قبل الوضع لسته أشهر وشي ان ولدته تاما ولا فرق بين كون  
ماولده تاما وغير تام اذا علم انه آدمي أو مبدء نشوء كالعلة كما في التذكرة والمسالك ﴿ قوله ﴾  
﴿ والخشي المشكل ان امنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حكم يلوغها والا فلا ﴾  
قد تقدم الكلام فيه مفصلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه  
في غير الوجوه اللاثقة بأفعال العقلاء ﴾ كما في المذهب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد عند بيان  
الاختبار والمسالك في موضعين منه والروضة وجمع البرهان وهو قضية التذكرة في تذييب ذكره ونحوه  
ما في التبصرة وكذا الارشاد ولم تذكر المملكة في المبسوط والخلاف وفقه القرآن وجمع البيان والغنية  
والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والمختلف والمقتصر وكنز العرفان والتنقيح وانما ذكر فيها  
كلها في بيانه أن يكون مصلحا لاله لكن كلام أكثر هؤلاء في بيان الاخبار كما سنسمع يعطي اعتبارها  
أي الملكة وفي (جمع البيان) ان المراد به العقل واصلاح المال وهو المروي عن الباقر عليه السلام (قلت)  
حذف العقل من تعريف الرشد في عبارات الاصحاب مع وجوده في الخبر لان المفروض حصول  
العقل بل والبلوغ والغرض حصول ما يعتبر بعد ذلك وأرسل في مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام  
في تفسير الآية انه حفظ المال وفي آيات المقدس الاردبيلي انه يكفي في الرشد حفظ المال فقط بحيث  
لا يمد مضيقا له وان تصرف لا يتصرف تصرفا غير لائق بحاله ولا يحتاج الى كون ذلك ملكه ولا  
يحتاج الى القدرة على الكسب ولا يضر عدم الكسب بل تركه تحصيل المال لان كل أحد ليس ممن  
له كسب أو قدرة على تحصيل المال فما ذكر في كتب الفقه مثل شرح الشرائع محل تأمل وقد قال  
في (جمع الفائدة والبرهان) لا خلاف ولا كلام في اعتبار اصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكه يقندر بها  
على حفظه وصرفه في الاغراض الصحيحة لا غير لا بمعنى انه فعل مرة اتفاقا بل يكون ذلك من عقله  
ومعرفته وقال أيضا والظاهر انه لا يعتبر تكرار الفعل للملكة ولا اشتغاله بعمل يحصل به المال فالذي  
يترك صنعة أبيه ليس بسفيه ولا القدرة على حفظ الموجود وتحصيل الممدوم من المال كما اعتبره في شرح  
الشرائع (قلت) يأتي الحال في كلام القوم وأما حديث الملكة فليس الرشد الا كالعادلة والشجاعة  
والكرم والجبن والبخل وهي انما تعرف بأثارها ولا يكفي فيها المرة ولا بدفيا من التكرار مرارا يحصل  
بها غلبة الظن اذ الملكة لا يعرف حصولها بمرة كذا في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها (قلت)  
المدار على حصول العلم بتلك الملكة لا على حصول الملكة بتلك الافعال التي ذكرها فاذا رأيناها اذا  
أراد البيع ونحوه من الافعال يتوقف حتى يتبين الحال ويصبر حتى يتحقق الأمر بحيث لا يغبن ولا  
يضيع ولا ينسأهل ولا يتسامح بل مع تبصر وتدبر علمنا حصول الملكة ولا نحتاج الى علم سابق ومعرفة  
قديمة ولا تكرار الفعل كما قد يستفاد ذلك من المبسوط كما سنسمع كلامه برمته وأما اعتبار الرشد في رفع  
الحجر ودفع المال فقد دل عليه الكتاب المجيد كتوله جل شأنه (فان آنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم  
أموالهم) والاجماع المحكي في الغنية والتذكرة والمسالك وجمع البرهان وظاهر نهج الحق حيث نسه الى



ولا تعتبر العدالة (متن)

الامامية بل في التذكرة في موضع آخر انه لو بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله وان صار شيخا وطعن في السن عند أكثر علماء الأئمة من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وقصر الخلاف على أبي حنيفة قوله ﴿ ولا تعتبر العدالة ﴾ عند أكثر أهل العلم كما في التذكرة والمسالك وعند الأكثر كما في المقتصر وجمع البرهان وفي (الرياض) بعد نسبته الى الأكثر قال بل عليه عامة من تأخروا وفي (الروضة والكفاية) انه المشهور وقد طفحت عباراتهم أن المفهوم من الرشد عرفا اصلاح المال وفي (التنقيح) انه لا شك فيه عند العرف وفي (جمع البرهان) انه هو الظاهر المتبادر منه عرفا وانه هو الذي ذكره الاصحاب (قلت) والعرف مقدم على اللغة ان ثبت أن اللغة في خصوص المقام على خلافه كما حرر في فقه ثم ان الفسق أمر شرعي مغاير للرشد من حيث هو فكيف يعتبر مالا مدخليا لهم في فهمه فيما هو متداول بينهم ومتعارف عندهم تعارفا شائعا وعن (الكشاف) أن الرشد الهداية وفي (القاموس) الاهتداء ولعل المراد به في المقام الاهتداء الى اصلاح المال نعم في النهاية والصحاح أن الرشد خلاف الغي وقد فسر فيهما بالضلال وكيف كان فالقائل بعدم اشتراط العدالة أبو علي فيما حكى عنه وكاشف الرموز على الظاهر منه والمصنف في المختلف والتذكرة والتحرير ان كان فسقه لا يستلزم التبذير والشهيدان في الحواشي والمعة والمسالك والروضة وأبو العباس في المقتصر والمقداد في كنز العرفان والتنقيح ان لم يستلزم الفسق تبذيرا والفاضل الكركي في جامع المقاصد والفاضل التلعفي في ايضاح النافع والمقدس الاردبيلي في آياته وجمع برهانه والخراساني في كفايته والكاشاني في المفاتيح وشيخنا في الرياض وهو ظاهر كل من اقتصر على اصلاح المال كالارشاد والتقييد في التذكرة والتحرير والتنقيح بما اذا كان الفسق لا يستلزم التبذير ليس تفصيلا في المسئلة لان التحجير على هذا الفاسق محل وفاق كما في التذكرة ومحل النزاع انما هو الفسق الذي لا يستلزم التبذير والمخالف الشيخ في الخلاف والبسوط والراوندي في فقه القرآن وأبو المكارم في الغنية ونحو الاسلام في شرح الارشاد حيث قالوا ان يكون مصلحا لعله عدلا في دينه وفي (الغنية) الاجماع عليه والمحقق في كتابه متردد وما في الرياض من أن عبارة الشيخ المحكية غير صريحة فيه ولا ظاهرة من حيث التعبير بالاحتياط الظاهر في الاستحباب فلم يبق قائل به صريحا بل ولا ظاهرا الا مدعي الاجماع يعني صاحب الغنية غير صحيح لان الشيخ قال في (المبسوط) وابتاس الرشد منه أن يكون مصلحا لعله عدلا في دينه فأما اذا كان مصلحا لعله غير عدل في دينه أو كان عدلا في دينه غير مصلح لعله لا يدفع اليه ماله ولم يتعرض فيه لذكر الاحتياط أصلا ومثله عبارة الخلاف حرقا فخرقا غير انه قال وحد الرشد موضع قوله في المبسوط وابتاس الرشد نعم قال في (الخلاف) بعد عدة مسائل اذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالاحوط أن يحجر عليه ثم نقل عن الشافعي قولين ثم قال دليلنا قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أهراكم) وروي عنهم عليهم السلام أنهم قالوا شارب الخمر سفیه فوجب أن يتمتع دفع المال اليه فقد صرح بوجوب منعه ونحوه ما في الغنية ثم ان كلامه هذا في مقام آخر كما يرشد اليه صريح كلامه في المبسوط قال واذا بلغ الصبي وأونس منه الرشد ودفع اليه ماله ثم صار مبذرا مضيعا لعله حجر عليه واذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالظاهر أنه يحجر عليه ثم استدلل بالآية والرواية كما في الخلاف فالمسئلتان مختلفتان اذ محل النزاع في الابتداء (وما قيل) فيه انه أحوط انما هو في الاستدامة على أن

عبارة الغنية كعبارة الخلاف وكأنه لم يلحظ كلامه في الغنية الى آخره فان كان عول شيخنا في الرياض على المختلف فهلا عول على صريح كلامه. أولا الناص على أن الشيخ في المبسوط والخلاف اشترط العدالة ثم انه في المختلف بعد عدة مسائل ذكر هذه المسئلة أعني ماذا صار فاسقا الى آخره وقال انه بناء على أنه من اشتراط العدالة في الرشد بسبب ذلك ضعف التأمل وقلة التلبث ولو تأمل لعرف أن المسائلين مختلفتان وانه في المبسوط قال: الباهر أنه يحجر عليه ولم يقل الاحوط وفي (الخلاف) صرح بوجود الحجر فلا يكون الاحتياط مرادا به الاستحباب ثم ان المصنف في التذكرة قال اذا طرأ الفسق الذي لا يتصم تصيبع المال ولا تبذيره فانه لا يحجر عليه اجماعا فكأنه لم يحتفل بخلاف الشيخ وابن زهرة في المقام مع انه قد يظهر من الغنية الاجماع عليه وقد تناقل اجماع التذكرة جماعة ممن تأخر وعولوا على المختلف في النقل ولم يراجعوا الاصول (ليعلم) أن ترك المروة ليس داخلا في هذه العدالة عند الشيخ وموافق له لأنه قد في التذكرة ومن لا تحفظ من الاشياء المنفضية الى قلة المروة كالأكل في السوق وكشف لرأس بين الناس ومد الرجل ندهم وأشياء ذلك لا تقبل شهادته ويدفع اليه ماله اجماعا (حجة) المشهور الاصل بمعنى أن الاصل الجواز ولا صل عدم جواز منع الناس من أموالهم وقد دل عليه العقل والنقل كتابا وسنة واجبا خرج منه غير البالغ وغير الرشيد بالمعنى المتفق عليه بالاجماع والنص وبقي الباقي وانه علق في الآية زوال الحجر برشد ما للتكثير ويصدق على لمصالح ماله ان له رشدا فأمل ونقل عن ابن عباس وغيره في تفسير الآية الشريفة انه اصلاح المال وقد سمعت ما في مجمع البيان عن الباقر عليه السلام حكاه عنه المقدس الاردبيلي في آياته وما في (مجمع البحرين) عن الصادق عليه السلام ولانه ضرر في الجملة وقد عرفت معناه عرفا وان العرف مقدم على اللغة وأن الكافر لا يحجر عليه لكفره فالناسق أولى وبعض هذه الادلة لا ينبغي حالها (ثم) انه استدلل في المسالك على المختار بان العدالة انما تعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المتضي (قال) والشيخ لم يجعل التحجير اذا عرض الفسق بعد العدالة لازما (قلت) قد عرفت أنه يلزمه ويجعله لازما وكذلك صاحب الغنية والمولى الاردبيلي نسج على منوال المسالك وأخذ يعترض على الشيخ بانه لا فرق بين الابداء والاستدامة عتلا ولا شرعا وبانه لا شك ان عدم الرشد مانع وان وجوده كاف في الزوال وموجب له بالنص والاجماع والعدالة ما اعتبرت الا لكونها داخلة في مفهومه كما يرشد اليه استدلال القائل باعتبارها فلو اعتبرت ابتداء لزم اعتبارها استدامة وهو ظاهر ويؤيده ان الرشد بالمعنى الآخر أعني اصلاح المال شرط مطلقا ابتداء واستدامة ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء ولانه لو اعتبرت لزم عدم جواز معاملة الفاسق مع أنهم مجمعون على جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنما والغنبل لمن يعمل خرا ولا شك انه فاسق بل يلزم أن لا تجوز المعاملة الا مع العلم بالعدالة بالمعاصرة وغيرها من طرق معرفتها اذ لم يكن مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق كافيا في العدالة لان المعتبر الملكة ولا يمكن دعوى ظهورها في المسلم لما نرى من احوال المسلمين ولا يكفي في الرشد بالاصل والظاهر سواء كان اصلاحه ال فقط او مع العدالة بعد دلالة الأدلة على وجوب الاختبار وأن القول باشتراطها موجب لترك المعاملة والمناكحة وتمطيل المعيشة ومخالف لعمل الامة بل الكتاب والسنة بل في الاخبار ما يدل على جواز معاملة الفاسق الى آخر ما قال ونحوه ما في المسالك من أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقيم للمسلمين سوق ولم ينتظم للمالم حال لان الناس الا النادر منهم اما فاسق أو مجهول احوال

والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط وانت قد عرفت الحال وان الشيخ و ابا المكارم يقولان باشتراطها في الاستدامة ولا يرد عليهما شيء مما أوردها أي الشهيد الثاني والمولى الاردبيلي الامعاملة المعلوم فسقة كما ستسمعه ايضا اذ العدالة عند الشيخ حسن الظاهر أو مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق وهما موجودان في الناس الا النادر فالاصل عند الشيخ والمفيد وأبي علي في المجهول الحال العدالة والاصل في اقواله وأفعاله الصحة واما الفسق فطار على هذا الاصل فغلبته كغلبة المجاز على الحقيقة فلا تعارض بين الاصلين والقائل بحسن الظاهر يقول اصلان تعارضا فلا بد من ظاهر يعضد احدهما وليس هو الاحسن الظاهر وشيخنا صاحب الرياض بعد أن نقل ما حكيناه من كلام المسالك وجمع الفائدة والبرهان قال وفيه مناقشة لعدم تماميته الا على تقدير اشتراطها على الاطلاق وليست شرطا كذلك اذ قد صرح الاصحاب بان اعتبارها عند القائل به انما هو في الابتداء لاني الاستدامة وعليه حكمي الاجماع في التذكرة (وبذلك) صرح القائلان في الكتب المذكورة وأن احتاطا باعتبارها أيضا في الاستدامة فعلى هذا يمكن أن يمنع ما ذكر من المؤيدات لاحتمال ابتنائها على وجه الصحة وهو حصول العدالة ابتداء وأن طرأ بعدها وصف الضد ومرجه الى حمل أفعال المسلمين على الصحة ولا يضر معه الجهل بالشرط في المسئلة كما لا يضر معه الجهل بكثير من الشروط المعتبرة في الاموال المتباعدة في أسواق المسلمين كالجلود المشروط فيها التذكية ومطلق الاموال المشروط في المعاملة عليها وأبناؤها الملكية وعدم كونها سرقة ومنه مفروض المسئلة بالاضافة الى شرط أصل الرشد الذي هو اصلاح المال فلو صح التمسك بالمؤيدات المزبورة لنفي اعتبار العدالة لصح التمسك بها لنفي اعتبار اصل الرشد لتساوي النسبة اليهما بالضرورة فكما لا يضر الجهل بالشرط فيما عدى المسئلة بناء على حمل افعال المسلم على الصحة فكذلك فيها بالبديهة انتهى (وفيه) مناقشة من وجين (الاول) انها لا تشترط في الاستدامة عند القائل بها لمكان أجماع التذكرة وقالوا انها لو اعتبرت ابتداء لاعتبرت أسدامة وأستدلا عليه بما سمعت وحينئذ توجه الإيرادات التي أوردها على الشيخ وأيدابها المختار لانها حاح ولا أن ليس في غالب الناس عدالة لا ابتداء ولا أستدامة بل الغالب عدم حصولها ابتداء وهو في سن الشباب وقرب عهده بعدم التكليف وأن أعطى كلامها في بعض مطاوية ما فهم في الرياض سلمنا لكنه ما ذاعسى يجدي ما اجاب به في رد الاجماع على جواز معاملة الفاسق الذي لاشك في فسقه كملة الخمر وصانعي الاصنام والظلمة والحكام واتباعهم كما دلت عليه الاخبار كما نبه عليه المولى الاردبيلي فكلامه ان تم فانما يتم بالنسبة الى البعض الثاني ان اول كلامه نص في انه ماري كلام الشيخ في كتابيه وظاهره هنا حيث قال صرح القائلان في الكتب المذكورة أنه رأى الكتب المذكورة وهذا سهل وأن كان ليس سهل على انك قد علمت ان الشيخ وابن زهرة لا يفرقان وعرفت ما يمكن أن يجيب به عما أورد عليهما ولا حاجة الى ما تكلفه شيخنا مع عدم تمامه (وحجة) الشيخ وموافقيه ما قاله في الخلاف قال دليلنا قوله تعالى (فان آتستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فاشترط الرشد ومن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالنفي ومن وصف بالنفي لا يوصف بالرشد لان النفي والرشد صفتان متنافيتان لا يجوز اجتماعهما ولانه أن كان عدلا في دينه مصلحا ماله فلا خلاف في جواز دفع المال اليه وليس على جواز الدفع مع انفراده (١) احدى الصفتين

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب مع انفراد احدى الصفتين أو انفراده باحدى الصفتين (مصححه)

ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فان عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة ان كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة ان كان صانعاً واشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستساج في الاتني ان كانت من اهلها واشباهه حكم بالرشد (متن)

دليل وروى ابن عباس أنه قال في قوله تعالى فان آستم منهم رشداً هو أن يبلغ ذواقاً وحلم وعقل ويدل أيضاً على ذلك قوله تعالى (ولا توتوا السفهاء أموالكم) والفاسق سفية والخبائر التي تفرد تاجر ووايها كثيرة في هذا المعنى انتهى ونحوه ما في الفنية مع زيادة دعوى الاجماع ولم يستدل الراوندي وقد يستدل لهم بالاصل والاحتياط وقد يستدل له بخبر أبي الجارود كما يأتي وليست هذه الادلة بتلك للمكانة من الضعف كما قد يظن ولذا تردد المحقق في كتابه وقد توجه الجماعة لردّها وبيان حالها ﴿ قوله ﴾ (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فان عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة ان كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة ان كان صانعاً واشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستساج في الاتني ان كانت من اهلها واشباهه حكم بالرشد) لا بد من الاختبار للاصل والكتاب والاجماع والخبائر وقد ذكر الشيخ في المبسوط كيفية الاختبار وتبعه عليها الجماعة قال في (المبسوط) الايتام على قسمين ذكور وأناث فالذكور على ضربين ضرب يتدلون في الاسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء وضرب يصانون عن الاسواق فالذين يخالطون الناس فانه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب الى السوق ويساوم في السلع ويقاوم فيها ولا يعقد العقد فان رآه يحسن ذلك ولا يضمن فيه علم أنه رشيد والا لم يفك عنه الحجر وقيل أنه يشترى له بغير أمره ويواطيء البايع على بيعها من اليتيم وينفذه الولي اليه ليشتريها منه وقيل أنه يدفع اليه شيء من المال يشترى به سلعة ويصح شراؤه للضرورة فيجوز وأن كان اليتيم من يمان عن الاسواق مثل اولاد الرؤساء فان اختبارهم أصعب فيدفع الولي اليهم نفقة شهر يخبرهم بها فينظر فان دفعوا الى اكرتهم وغلمانهم وعماهم ومعاملتهم حقوقهم من غير تمييز وأقسطوا في النفقة على انفسهم في مطاعهم ومكاسيهم سلم اليهم المال وأما الاناث فانه يصعب اختبارهن فيدفع اليهن شيئاً من المال ويجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن فان غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يئذرن سلم أمان اليتيم فان كن بخلاف ذلك لم يسلم اليهن انتهى وزيد في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن ليعلم اتصافه بالملكة كما تقدم نقله فيما مر وكان كلام المبسوط خال عن ذلك وفي كلامهم جميعاً مناقشة من وجوه (الاول) أن ظاهرهم التبيين والظاهر خلاف ذلك بل الضابط حصول العلم أو الظن المتأخّر له بأنه ضابط حافظ للماله لا يصرفه الا في الاغراض الصحيحة عند العقلاء بالنسبة الى حاله كائناً من كان في أي شيء كان ولا يتعين عليه في ذلك شيء من تجارة أو نفقة فكان المدار كما قد منا على العلم بحصول الملكة من التدبير والتبصر والصبر والتروي حتى يحقق الأمر وينفر عنه لا على حصول الملكة بتكرار هذه الافعال الا ان تقول أن ذلك منهم ليس على سبيل التعيين (الثاني) أن تسليم المال لاولاد الاكابر لينفقوه في مطاعهم ومكاسيهم ومعاملتهم مشكل قبل حصول العلم برشدهم (١) الا أن تقول أن هذا جاز للضرورة

(١) اذ المفروض أن الابتلاء قبل البلوغ كما هو المعروف عندنا كما ستسمع ولا تنفع أجازة الولي في العقد الذي الغاه الشارع وما قاله في التذكرة ان هذا مستثنى يحتاج الى دليل مع انه قال قبل ذلك في ذلك انه يتولاه الولي (منه قدس سره)

كما في بيع الاختيار وهو خلاف المختار بل يتولى البيع في المثال الولي كما هو الموافق للضوابط ثم أن الموضوع فيما نحن فيه متفاد لا ضرورة لامكانه بغيره كأن يوضع المال في يده وينظر حاله فيما إذا اراد يباع أو شراء أو صرفا في نفقته وغيرها فإذا كان يحفظه ولا يفعل ما يريد الا بعد التدبير والبحث دفع اليه كما قدمنا اذ المقصود تحصيل العلم بحفظ المال وعدم تضييعه وصرفه فيما لا يناسبه (الثالث) انه لا باع على تكليف المرأة بالنزل والاستئصال واكتساب المال اذا الغرض حصول العلم او الظن القريب منه بعدم تضييعها المال وحفظه وعدم صرفه في غير محله بأي وجه كان فتختبر بما قاله في التذكرة وهو ان يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت فان كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الذي في يدها فهي رشيدة (والحاصل) انه لا يعتبر في رتدها ولا رتد الصبي مزاوله الكسب والاسترباح اذ ليس كل احد له قدرة واستعداد على اكتساب المال ولا يسمى ذلك اصلا حال المال كما نبه على ذلك كله المقدس الاردبيلي الا ان ينعقد اجماع على أن المراد باصلاح المال كونه مصلحا له على الوجه اللائق بحاله عند العقلاء بالتسمة ونحوها كما صرح به قوم وانشار اليه آخرون وكيف كان فالأكتساب بالعمل لا نسلم دخوله في اصلاح المال وان سلما دخول تنمية المال الاضر في أصلحه ومحل الاختبار قبل البلوغ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارصاد وغاية المراد وكنز العرفان وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والمفاتيح وهو ظاهر عبارة الكتاب لان الضمير في قوله باختباره يعود الى الصغير ونحوها عبارة اللمعة وأظهر منهما عبارة النافع والاجماع محكي عليه في ظاهر التذكرة وغاية المراد وأظهر منها في ذلك عبارة المسالك ونحوها عبارة المفاتيح قال في (المسالك) هذا مما لا خلاف فيه عندنا وإنما خالف فيه بعض العامة (والحاصل) انه لم يحك الخلاف في التذكرة وغاية المراد والمسالك الا عن بعض العامة حيث جعله بعده فالاجماع معلوم نعم قد حمل السيد العميد في (كنز الفوائد) والفخر في (الايضاح) والشهيد وابن المتوج عبارة الكتاب كما يأتي على ان الاختبار بعد البلوغ وحمل البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك وستعرف الحال في ذلك ان شاء الله والمولى الاردبيلي أخذ يتأمل ويحتمل كونه بعد البلوغ ولم يجزم بالخلاف وإنما احتمل الامرين على تأمل منه لكن في خير أبي الخارود الذي رواه علي بن ابراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام دلالة على ان الاختبار إنما هو بالبلوغ وعدمه فاذا علم بلوغه بأحد الاسباب دفع اليه المال ان أنس منه الرشد والا فلا قال قال عليه السلام في قوله جل وعز شأنه (وابتلوا النيامي) من كان في يده مال بعض النيامي فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتمل فاذا احتلم ووجب عليه الحدود واقامة الفرائض ولا يكون مضيعا ولا شارب خمر ولا زانيا فاذا أنس منه الرشد دفع اليه المال وأشهد عليه فاذا كانوا الايمان انه قد بلغ فليتمحن بريح ابطه أو بنت عاتته واذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان رشيدا المديث وقد تمنع ظهوره في مخافة الاصحاب فان كان ولا بد قلنا هو شاذ مخالف لما عليه الاصحاب ويكفيك ان راويه سرحوب الشيطان الاعمي بصرا وبصيرة الذي لاشبهة في ذمه وهمل هو على سبيل الوجوب أو الجواز صريح جماعة كالشهيد والمقداد والكركي وظاهر آخرين الاول لان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه منه مع جواز كونه بالفار شهيدا لان المنع يمتد الى أن يختبر ويعلم رتده وربما طال ما به يثبت العلم بالملكه فاذا أمكن دفع هذا الضرر تنقذ الاختبار كان أولى كما في التذكرة والمسالك

## وفي صحة العقد حيثئذ اشكال (متن)

فتأمل وفي ( غاية المراد وكنز العرفان ) لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدى الى الحجر على البالغ الرشيد وهو خلاف الاجماع وفي ( جامع المقاصد ) لو كان بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد وهو ظلم محرم فيجب التحفظ عنه ولا يكون الا بالاختبار قبل البلوغ فتأمل ( وقد احتج ) أصحابنا على كونه قبل البلوغ بعد الاجماع بما ذكرنا من لزوم الضرر وبقوله جل شأنه وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ( ووجه ) دلالة الآية من وجهين ( الاول ) انه سبحانه وتعالى جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لأب له دون البلوغ فالبالغ ليس يتيم بطريق الحقيقة واللفظ يحمل على حقيقته اذا لم يمنع منها مانع وهو متف هنا ( الثاني ) قوله جل شأنه ( حتى اذا بلغوا النكاح ) فقد جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله ( وتنقيحه ) ان حتى ابتدائية لان ما بعدها جملة شرطية والجزء جملة أخرى شرطية وهي فان أنستم فالهاء الاولى جواب الشرط الاول والثانية جواب الثاني وقول المولى الاردبيلى ان ظاهر قوله تعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم يدل على دفع المال بعد ايناس الرشد بلا فصل فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ وهو منفي بالاجماع وقوله ولا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم وانه من المعلوم ان الابتلاء لم ينته بالبلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد وغرضه بهذين الجواب عن دليلي الاصحاب فاسد قطعا من وجهين ( الاول ) انه يلزم أن تكون حتى الداخلة على الجملة الفعلية التي فعلها ماضي جاره والجمهور على خلاف ذلك كما نص عليه في المعنى في قوله جل شأنه ( حتى اذا فشتم ) فتنسب الى الجمهور ان حتى ابتدائية وان اذا في موضع نصب بشرطها أو جوابها المحذوف وقدره امتحنم مع أن الجواب هنا موجود ونسب جعل اذا في قوله اذا فشتم في موضع جر يمتحنم الى الاخضس وابن مالك وقال ان الجمهور على خلافها فما الباعث على مخالفة جمهور التحويين وجميع الاصحاب وحمل القرآن على الوجه الشاذ على ان الاخضس وابن مالك انما تجر يا على المخالفة في تلك الآية لعدم الجواب ولا أظن انهما يمتلان ذلك في هذه الآية لمكان وجود الجواب الذي تناسق مع شرطه وتناسق جوابه معه ( الثاني ) انه يلزم اخراج لفظ اليتامى عن حقيقته من دون باعث وداع اليه ومن ذهب اليه من العامة وهو بعض الشافعية وأحمد في احدى الروايتين عنه انما كان لامر آخر أشكل عليهما وهو ان الصبي محجور عليه قبل البلوغ فتصرفه غير نافذ فكيف يختبر ( وقد أجابهما ) أصحابنا وأصحابنا بأنه يختبر بالممارسة والمأكسة والمساومة فاذا آل الامر الى العقد تولاه الولي وقد سمعت الوجه الآخر الذي في المبسوط ( وأما ) قوله من المعلوم الى آخر ( فجوابه ) ان الاصحاب يقولون ان الوجوب ينتهي بالبلوغ فكان غاية للوجوب وقد دلت الآية التريفة على وجوب الدفع بعد ذلك ولا يحتاج الى حاكم ولا الى ولي ولا الى طلب صاحب المال كسائر الحقوق من الدين ونحوه وكأنه بمنزلة الامانة السريعة وان الظاهر وجوب الفور بل ظاهرها وجوب الاشهاد ولكن حمل الامر فيه على الارشاد ( اذا تقرر هذا ) فعد الى عبارة الكتاب فقوله يعلم باختباره يعني اختبار الصغير ذكرا كان أو أنثى بدليل قوله واتسباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستساج في الانثى اذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات قوله ﴿ وفي صحة العقد حيثئذ اشكال ﴾ الطاهر انه يريد ان في صحة العقد

الواقع للاختبار قبل البلوغ اشكالا ينشأ من أن الصغر مانع من الصحة وأفعال الصبي وأقواله في غير العبادات غير شرعية كما برهن عليه في موضعه والأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبرا في افادة الرشد وعدمه فلا يقتضي ترتب أثر آخر عليه من صحة العقد وعدمه لان ذلك خارج عن مقتضاه وعلى هذا فكيفية اختباره أن يأمره الولي بالمساومة في البيع ويمتحنه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن فاذا آل الأمر الى العقد عقده الولي وهو أعني عدم الصحة خيرة المبسوط والشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة وهو الذي تقتضيه القوانين لان غير البالغ اذ لم يصلح للبيع ونحوه لا يصلح مطلقا حال الاختبار وغيره والاختبار غير موقوف على حصول التصرف منه صحيحا حتى يقال به هنا للضرورة على ان الآية الشريفة لا تدل على صحة المعاملة حال الاختبار وإنما تدل على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد كما أشرنا اليه آنفا فاحتمال الصحة لظاهر الآية اذ الأمر بالابتلاء يقتضي كون الأمر الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بأن أفعال الصبي شرعية كما في التحرير وموضع من التذكرة فيه ما لا يخفى وهذا هو الوجه الثاني من الاشكال والقول بشرعية أفعاله إنما هو في العبادات لمكان الاجماع أو أمر الاولياء بأن يأمرهم وغير ذلك وذلك مفقود في المقام اذ ليس قولك ابتله واختبره الاكقولك سله وادعه ولا ريب ان المسئول والمدعو ليس مدعوا للاول كما قيل ذلك في قوله عليه السلام مروم اذالكلام في المميز الذي يعلم ان ذلك من الله سبحانه فتامل جيدا (وليعلم) ان فخر الاسلام وعميد الدين والشهيد وابن المتوج حملوا عبارة الكتاب على ما اذا كان العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه فقال ولد المصنف اذا ظهر رشده حال العقود صححت العقود قطعاً فاستثنى هذه الصورة وجعل ما اذا ظهر سفهه أو لم يتبين شيء بها محل الاشكال ومنشأه من أن السفهه يصح تصرفه باذن الولي وهذه العقود مأذون فيها شرعا ومن حيث بطلان تصرفات السفهه وهذا سفهه ومعناه أن الولي أذن له في البيع أو الشراء مطلقا ولم يعين له شخص المبيع والمشتري والثنى اذ لو عين له ذلك كله فات الاختبار ولا ريب ان الاذن المطلقة بعد الحكم بسفهه لا للاختبار لغو واما مع الاختبار فاحتمال الصحة قام لمكان اذن الشارع به وهذا ما اراده بالوجه الاول وليس مراده قطعاً انه اذن له واجازه كما فهمه المحقق الثاني والا لما صح له ذكر الوجه الثاني من منشأ الاشكال ومعنى قوله هذا سفهه في الوجه الثاني ظاهر فيما اذا ظهر سفهه لانه سفهه واقعا وأما اذا لم يتبين فهو سفهه حكما لمكان مفهوم الشرط في قوله جل شأنه فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا كما هو ظاهر فما اورده عليه من ان عقد السفهه صحيح اذا اجازه الولي وكان بالغاً أجماعاً فأى وجه للاشكال اذا اذن له الولي ابتداء غير وارد لما عرفت من انه في الايضاح لم يتعرض للاجازه وإنما تعرض للاذن المطلقة حال الاختبار والصحة حينئذ محل اشكال لا محل اجماع قطعاً على ان الاجازة حينئذ إنما تكون من الحاكم عند الأكثر على ما حكي عنهم فيمن بلغ سفهيا من ان الولاية عليه للحاكم فيكون الأذن الاب أو الجد أو الوصي والمجيز الحاكم فكلامه عليه في جامع المقاصد لا وجه له من وجهين وكذا قوله أن العلم بكون العاقد رشيدا ليس شرطا لصحة العقد قطعاً إنما الشرط كونه رشيدا في الواقع لا وجه له لانه في الايضاح كما سمعت جعل الاشكال فيمن ظهر سفهه ومن لم يتبين سفهه وهو غير وارد على الاول قطعاً ولا على الثاني لانه محكوم بسفهه بمفهوم الآية في دفع المال ولا قائل بالفرق بين دفع المال وصحة العقد سلمنا ان العقد حينئذ صحيح في الواقع على فرض انه رشيد في الواقع لكن من أين لنا العلم

ولا يزول الحجر بفقد احد الوصفين وان طعن في السن ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم  
وفي النساء بها وبشهادتهن (متن)

بالواقع فالاصول تقضي بعدم صحته ولا اقل من تعارضها وان كان انما وجهه على السيد العميد فقط لانه عم  
الاشكال للمسائل الثلاث فمع انه خلاف الظاهر فمن المعلوم انه لا يريد به ومنع ظهوره من كلامه وعلى تقديره  
فالظاهر يعدل عنه لليقين من جهة القواعد المعلومة وبذلك كله ظهر فساد قوله اخيرا ولو اعتبرنا ما ذكره  
الشارحان في حل العبارة فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال كما عرفت الحال مفصلا فقوله هذا  
عجيب غريب انه منه لعجيب غريب (وقال) ابن المتوج فيما حكى عنه الشهيد ان هذا الاشكال مبني  
على أن مجرد ظهور السفه مبطل لتصرفاته من دون توقف على حكم الحاكم أما على القول باشتراط حجر  
الحاكم فلا يتأتى هذا الاشكال فيكون هذا التصرف صحيحا لا زما انتهى فليتأمل فيه لكنه فهم انه  
فيما بعد البلوغ (وقال الشهيد) الاقوال ثلاثة الصحة مطلقا لا مر الشارح بذلك والبطلان مطلقا لا اعتبار الرشد  
والثالث ان ظهر الرشد ظهرت الصحة وان ظهر السفه ظهر البطلان وقد فهم أيضا انه بعد البلوغ والذي  
دعى هو لاء الاجلاء الى حمل العبارة على ذلك مع ظهورها فيما قبل البلوغ مع ايناس الرشد أما ان  
الاولين سموا ذلك من المصنف واقتفاها الآخرون وقد ظهر وجهه مما حررناه وأما ان حملها على ما قبل  
البلوغ بعيد لانه لا ريب في بطلانه لان البلوغ شرط اجاءا عندهم (وفيه) ان المصنف سيتردد في بيع المميز  
فبالاولى أن يتردد هنا لمكان الأمر بالابتلاء والشيخ نقل القول بالصحة لمكان الضرورة والمحقق  
حكم بالعدم بعد تأمل وفي (التحرير) حكم بالصحة فالتأمل والاشكال له وجه في الجملة قوله ﴿  
﴿ ولا يزول الحجر بفقد احد الوصفين وان طعن في السن ﴾ هذا قول أكثر علماء الامصار من أهل  
الحجاز والعراق والشام ومصر والمخالف أبو حنيفة كما في التذكرة وهو محل وفاق منا كما في المسالك  
والروضة وظاهر نهج الحق حيث نسبه الى الامامية (وقال) أبو حنيفة اذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه  
الحجر وان كان سفيا لانه قد بلغ أشده وصلح أن يصير جدا قال في (التذكرة) بعد كلام طويل كونه  
جدا ليس تحته معنى ولا أصل له في الشرع وهو ثابت فيمن له دون هذا السن فان المرأة تكون جده  
لاحدى وعشرين والمراد بفقد احد الوصفين فقد الصغر وقد عدم الرشد اذ لا بد من هدهما وقيل  
لا بد في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية لان عدم الرشد لم يجز له ذكر والأمر سهل  
لمكان الملازمة من أول الامر قوله ﴿ ويتثبت الرشد في الرجال بشهادتهم وفي النساء بها  
وبشهادتهن ﴾ كافي الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة وجمع البرهان  
والمفاتيح وكذا الكفاية وهو ظاهر بقية الشروح والحواشي حيث لم يكن فيها مناقشة ولا تأمل وفي  
(مجمع البرهان) لعل دليل الجميع الاجماع وفي (التذكرة) لو اقتصر على ثبوت رشد النساء على شهادة الرجال  
لزم الحرج والضيق وهو منفي بالاجماع وقال في (الكفاية) في خصوص هذا الفرع قالوا وفي (الرياض) اما  
ثبوت رشده بشهادة رجلين في الرجال فلا اشكال فيه وأما ثبوته بشهادة الرجال منفردين أو النساء  
كذلك أو ملفقات منهن ومنهم كرجل وامرأتين في النساء فلا خلاف فيه في الظاهر بل عليه الاجماع  
في كثير من العبارات وهو الحجة (قلت) ونحن تبعا عبارات الاصحاب في المقام فما وجدنا الا ما ذكرنا  
ولم نجد هذه العبارات الكثيرة التي قد اشتملت على هذا الاجماع المتضمن ثلاثة أحكام وقد تبعنا



وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير (متن)

كلامهم في باب الشهادات فلم نجدهم ذكروا الرشد فضلا عن قتل الاجماع عليه في النساء نعم قالوا تقبل شهادة النساء منفردات فيما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا ومثله بالولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة والرضاع والوصية له وكيف كان فلا ريب في قبول شهادة الرجال في الرجال للاجماع المعلوم والاستقراء والعموم أعني عموم الأدلة بقبول شهادتهما وانما الكلام في أنه هل يشترط قيامها عند الحاكم وحكمه بها أم لا وهل تقبل في الانبات والاحتلام أم لا فالقدس الاردبيلي على انه يمكن الثبوت مع تعذر الحاكم دفعا للخرج وان الاحتياط يقتضي الاختبار مع الامكان ومع عدم لزوم تأخير تسليم المال الى صاحبه بزمان كثير يضر به خصوصا اذا طلبه وثبوت عمل الامة في المعاملات مع عدم ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقق كونه غير رشيد بيقين وما ذاك الا للحكم بظاهر الحال وشهادة العدلين ليست بأقل من ذلك ولصدق الرشد الذي هو شرط في الآية والاخبار الدالة على التسليم مع ثبوت كونه رشيدا عند التصرف من غير قيد حكم الحاكم ولهذا قالوا ان فك حجر الصبي ليس بموقوف بعد البلوغ والرشد الى حكم الحاكم فتأمل فالظاهر أن الضابط حصول العلم بل الظن المتأخم له اما بالاختبار على أي وجه كان أو حكم الحاكم أو شهادة العدلين سواء كانا على الرجل أو المرأة أو أربع نسوة أو امرأتين وعدل لصدق الآية والاخبار (قلت) بعد تسميتهم لها شهادة وتسليم اشتراطهم في الشهادة انضمام حكم الحاكم اليها في جميع الامور الا ما استثني وليس الرشد منه يجب الحكم بعدم الثبوت وعدم ترتيب الاحكام الا بحكمه اذ الشهادة عندهم أخبار جازم بحق أو غيره عند الحاكم ولو كان الامر كما قال لا اكتفى فيه بخبر الواحد اذا أفاد ظنا متاخما للعلم ورفق تام بين ظاهر الحال وشاهد الحال وشهادة العدلين اذ الاخير متوقف على الجرح والتعديل ومعرفة الكبار والصغائر والملكة وغيرها وتلك وظيفة الحاكم الا ما استثني وشاهد الحال جار مجرى القطع وعمل الامة اما على شاهد الحال لمن عرف بالحال تحته معنيان أو على القاعدة المجمع عليها وهو أصل صحة فعل السلم وأما قبولها في غير الرشد من السن والانبات والاحتلام والظاهر قبولها في الجميع وان كان الفرض في الاخيرين مع عدالة الشهود نادرا جدا لندرة العلم بهما جدا خصوصا في النساء خصوصا في امنائهن على وجه يبقى للشاهد عدالة وأما قبول شهادة الرجال منفردين في النساء فدليله ما تقدم وأما قبول شهادة النساء الاربع منفردات أو الخنثائي كذلك أو مملقات منهن ومن الرجال كرجل وامرأتين في النساء فدليله العسر والخرج لان رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الخرج والضيق وهو منفي اجماعا كما في التذكرة فتأمل ولعل الاولى الاستدلال عليه بالنصوص الدالة على الاكتفاء بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا مع دعوى أن هذامنه وبقواها يستدل على التفيق بل وعلى الخنثائي فليتأمل ولم ينص على الخنثائي سوى المصنف في التذكرة والشهيد الثاني في الروضة والمسالك - قوله - ﴿ وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير ﴾ ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين الافراط في ذلك وعدمه ولا بين كون ذلك لا تقابله أولا وهو ظاهر مجمع البرهان وقد يلوح ذلك مما حكى عن مجمع البيان وفي (المسالك) انه المشهور وقد استدلل عليه بأنه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف وهو ليس بمحدث وانما حكى أن رجلا تصدق كثيرا فقال له رجل لا خير في السرف فأجابه

لا سرف في الخير وبأن أمير المؤمنين تصدق بالاقراص كما هو مشهور فنزلت فيه سورة هل أتى (وأجيب) بأن ذلك من خواصهم ولا تيق بمحلم لعظمة كالمهم لكن قال في (مجمع البيان) ان ذلك ليس مخصوصا بهم صلوات الله عليهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك (وبقوله) صلى الله عليه وسلم لعلي عليه السلام وأما الصدقة فجهدك وبالاخبار الدالة على الترغيب والترهيب على تركه وهي لا تدل على ذلك وقال في (المسالك) ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمة صلوات الله عليهم كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير لكنه قال الا أن يمنع ان ذلك لا يلبق بمحلم (قلت) على أن المروي عن الحسن عليه السلام إنما هو أنه قاسم ربه ماله حتى النمل لانه أخرج منه كمالا (والحاصل) أن جميع ما يمكن أن يستدل به في هذا المقام قابل للحمل على عدم التصديق بجميع المال الا ما ورد عن آية الله الكبرى فانه لا يقدر عليه الا هو عليه السلام ومن كان في عيته لمكان بركته على أن في رواية القمي أنه عليه السلام أعطى ثلث العصيدة للمسكين ثم جاء اليهم فأعطاه الثلث ثم جاء الاسير فأعطاه الثلث الباقي وقال في (التذكرة) لو بلغ وصرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات وفك الرقاب وبناء المساجد وأشباه ذلك مما لا يلبق بمحله كالتاجر وشبهه فهو تبذير وهو معنى قوله في التحرير صرف أكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ومعنى قوله في الارشاد صرف المال في صنوف الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير اذ معناه ان صرف المال في الخير ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك فاضلا عما يحتاج اليه وكونه لا تقا بمحله ولا تصنع الى ما ذكر في معناه غير هذا وهو خيرة المقداد وصاحب الكفاية ولم يرجح المحقق الثاني والشهيد الثاني وكان الثاني مال اليه وقد استدل عليه في (التذكرة) بقوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط) وهو مطلق فيتناول محل النزاع ولكنه لا يدل على مطلوبه لان الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف والنهي هنا لا يقتضيه فليتأمل جيدا اذ قد يقال ان النهي للتحريم والمستفاد من كلام هؤلاء ان المدار على ما هو اللائق بمحله وغيره والاولى الاستدلال عليه بالآيات والاخبار وقد تضمن بعضها الدلالة على المطلوب مع استلزامه رد الخصم وبعضها على رد الخصم مع استلزامه المطلوب قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك ماذا ينفقون قل العفو) فمن الصادق عليه السلام أن العفو هو الوسط من غير اسراف ولا اقتار وعن الباقر عليه السلام ما فضل عن قوت الستة وعن ابن عباس ما فضل عن الامل والعيال أو الفضل عن الغنى وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أتاه بيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجيء أحدكم بماله كله يتصدق به ويجلس يتكفف الناس انما الصدقة عن ظهر غنى والظهر قد يرد في مثل هذا اشباعا للكلام وتمكيننا كأن صدقته مستندة الى ظهر قوي من المال فكانه قال اذا أعطيتها كانت عن استغناء منك وكانت عفو افضلا (فضل خل) عن غنى ومثله خير الصدقة ما أبقت غنى وقد يكون المراد بظهر الغنى كظهر الغيب وظهر القلب وحق اليقين (وقد روى) في الكافي وتفسير العياشي على ما حكى عن أبي عبد الله عليه السلام لو أن رجلا أنفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن ولا وفق للخير أليس الله تبارك وتعالى يقول (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وأحسنوا ان الله يحب المحسنين) وفي صحيحه عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في تفسير قوله تعالى (والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) فبسط كفه وفرق أصابعه وحناها (وحشاها شيء خل) شيئا فشيئا وعن قوله ولا تبسطها كل البسط فبسط راحته وقال هكذا وقال القوام ما يخرج من بين الاصابع ويبقى في الراحة منه شيء

وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير (متن)

(وعن الصادق عليه السلام) انه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حصي وقبضها بيده قال هذا الاقتار الذي ذكره الله في كتابه ثم قبض قبضة أخرى فأرخى كفه كلها ثم قال هذا الاسراف ثم قبض أخرى فأرخى بعضها وأمسك بعضها وقال وهذا القوام (وفي صحيحة) الوليد بن صبيح قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء سائل وأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه ثم جاء آخر فقال يوسع الله عليك ثم قال ان رجلا لو كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها الا وضعها في حق فيتيقن لا مال له فيكون من الثلاثة الذين يرد دعائهم (قلت) من هم قال أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في وجهه ثم قال يارب ارزقني فيقال له ألم أررقتك وروى ابن أبي نصر في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال سأئنه عن قول الله عز وجل (وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا) قال كان أبي يقول من الاسراف في الحصاد والجذاذ أن يتصدق بكفيه جميعا وكان أبي اذا حضر شيئا من هذا فرأى أحدا من غلمانه يتصدق بكفيه صاح به أعط بيد واحدة القبضة بعد القبضة والضغث بعد الضغث من السنبل وفي الحسن عن ابن أبي عمير عن هشام بن المثنى قال سئل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا انه لا يجب المسرفين قال كان فلان ابن فلان الانصاري سماه وكان له حرث وكان اذا أخذه (أجته دخل) يتصدق به ويبقى هو وعياله بغير شيء فجعل الله ذلك سرفا وروى في (الكافي) عن الصادق عليه السلام في باب دخول الصوفية على أبي عبد الله عليه السلام وانكاره عليهم فيما يأصرون الناس به من خروج الانسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين هذا (وفي حسنة) شهاب بن عبد ربه قال قال أبو عبد الله عليه السلام ليس في الطعام سرف وفي بعض الاخبار ان السرف أن تجعل ثوب صوتك ثوب بذلتك وفي بعضها ان السرف أمر يبغضه الله عز وجل حتى طرحك النواة فانها تصلح لشيء وحتى فضل شرابك (وفي رواية) اسحق ليس فيما أصلح البدن اسراف وفيها انما الاسراف فيما أفسد المال وأضر بالبدن قيل وما الاقتار قال أكل الخبز والملح وأنت تقدر على غيره قيل فما القصد قال الخبز واللحم واللبن والحل والسمن مرة هذا ومرة هذا ونحوه رواية أخرى لاسحق ابن عبد العزيز عن رجل ونحوه في رواية ابن تغلب قوله  وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير  هذا مما لا خلاف فيه عندنا كما في مجمع البرهان لصدق الاسراف والتبذير المنهي عنه (وقال) أكثر الشافعية لا يكون تبذيرا لان الغاية في تملك المال الانتفاع به والالتذاذ وكذا قالوا ان شراء الثياب الفاخرة وان لم تكن لاثقة (١) وبالجملة حصر أكثرهم التبذير في التضييعات كالرمي في البحر واحتمال الغبن الفاحش وشبهه وفي الانفاق في المحرمات والمراد بالحال قلة المال وكثرته فلو كان معه مال كثير وغير عادته في المأكول والملبوس والمركوب لم يحجر عليه ومن التبذير الحرام عند علماء الاسلام صرف المال وان كان قليلا في الرياء نصوا على ذلك في تفسير الآية الشريفة وفي (مجمع البرهان) انه مما لا شك فيه وقد حكى في التذكرة الاجماع وظاهره

(١) كذا في النسخ والعبارة ناقصة ولعل صوابها كذا قالوا في شراء الى آخره أو صوابها وان لم تكن لاثقة ليس بتبذير انتهى (مصححه)

وولي الطفل ابوه وجده لايه وان علا ويشتركان في الولاية فان فقدا فالوصي فان فقد  
فالحاكم ولا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا (متن)

اجماع الامة على ان صرف المال في المحرمات سفه وتبذير وقد سمي الله سبحانه وتعالى المرأين كافرين قال  
سبحانه وتعالى ( يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والاذى كالذي ينفق ماله رثاء الناس ولا يؤمن  
بالله واليوم الآخر فقله كمثل صفوان عليه تراب فأصابه وابل فتركه صلدا لا يقدرون على شيء مما كسبوا والله  
لا يهدي القوم الكافرين) قالوا ولذا ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشرك في أمتي أخفى من النملة  
السوداء في الليلة الظلماء وقال صلى الله عليه وسلم ان أخوف ما أخاف عليكم من الشرك الا صغر قيل وما  
الشرك الا صغر قال الرياء يقول الله تعالى لهم يوم يجازي العباد اذهبوا الى الذين كنتم تراؤنهم في الدنيا  
هل تجدون عندهم جزاء وعنه صلى الله عليه وسلم انه يقال للمرآئي في الانفاق ما فعلت فيما آتيتك فيقول  
كنت أصل الرحم وأتصدق فيقول الله له كذبت وتقول الملائكة كذبت ويقول الله بل أردت أن  
يقال فلان جواد فقد قيل لك فقد عمت البلوى والبلية لانه يلزم عدم جواز معاملة هؤلاء وعدم جواز  
الأكل من هذا المال لان باذله سفيه ولا أظن ان أحدا يخجلوا من ذلك من أصحاب الاموال فضلا  
عن الحكام والظلمة وانت ان لم تعاملهم لا بد وأن تعامل من يعاملهم ولعلمهم في مثل ذلك بينون على  
أصل صحة فعل المسلم وانه لا يفعل حراما وانما قصد قصدا سائغا أو يخصصون ذلك بما اذا لم يكن  
له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا فليتأمل أو يقولون ان الرياء محله العبادات كما يشعر به مقابلته  
بالاخلاص وغير ذلك فلا يضر في غيرها (وفيه) انه لم يثبت فيه حقيقة شرعية والذي نص عليه أهل  
اللغة انه مأخوذ من رأ فاصله آراء وهو ما فعله ليرى كما ان السمعة ما فعل ليرى كافي الفاهوس وغيره  
وهو ظاهر الكتاب المجيد حيث قال جل شأنه كمثل الذي ينفق ماله رثاء الناس ولم يقل كمثل الذي  
يتصدق مع ان صدور الآية في التصديق (وفي الخبر) من بنى بناء رياء وسمعة طوقه الله الحديث وهو  
ظاهر اطلاقات القوم وأخبارهم وصريح مجمع البرهان وعد في المفاتيح من المعاصي المنصوص عليها البناء  
رياء وسمعة (وفي النبوي) المروي في كتبنا المفتى به الوليمة أول يوم حق والتأني معروف وما زاد رياء  
وسمعة ونحوه في ذلك كله التهي عن التكاح للرياء والسمعة وفي (قواعد السيد) انه يجري في الجهاد  
والغزو وليس عبادة اجماعا وكذا الاذان ولا ينافي ذلك قوله في قواعده أيضا في بيان الاخلاص في  
العبادة ويتحقق الرياء بقصد مدح المرآئي أو الانتفاع به أو دفع ضرره والكلام في المقام طويل  
الاذناب وفيما ذكرناه بلاغ وقد عقد له بابا في الكافي سرد فيه أخبارا مطلة والتخصيص يحتاج الى  
دليل فليكن الرياء مطلقا كالعجب والظلم والكبر ونحو ذلك والكلام فيما يقع على نموين او الحياء  
احدها الرياء ولا يشترط في النحو الآخر أو الانحاء الأخر ان يكون عبادة بل يكفي في اباحتها وعدم  
حرمته ان لا يكون رياء وان خلا عن نية اخرى فيلحظ ذلك وليدبر فيه قوله ﴿وولي الطفل  
ابوه وجده لايه وأن علا ويشتركان في الولاية فان فقدا فالوصي فان فقد فالحاكم ولا ولاية للام ولا  
لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا﴾ تنقيح البحث في المقام ان يقال هنا طعل ومجنون  
وسفيه ومفلس وقد نص في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد واللمعة  
وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها ان الولاية في مال الطمل والمجنون

لا يه وجده لايه وان علا وقد حكي عليه الاجماع في التذكرة ونفي الخلاف عنه في المسالك والكفاية وفي (مجمع البرهان) كأن عليه اجماع الامة مضافا الى النصوص المستفيضة بل المتواترة كما قيل الواردة في التزويج الصريحة في ثبوت ولايتهما عليهما فيه المستدل بها بالفحوى والاولوية في المسئلة مضافا الى حدوص النصوص المستفيضة الواردة في بحث أموال اليتامى والوصية وغيرها من المباحث الكثيرة كما في الرياض وقد أطلق المجنون فيما عدا جامع المقاصد ومجمع البرهان من غير فرق بين من اتصل جنونه بصغره أو تجدد له ذلك بعد بلوغه ورشده التفاتا الى ثبوته في بحث التزويج على المشهور كما في ايضاح النافع مع ظهور الاجماع من التذكرة ثمة المستلزم لثبوت الحكم هنا بالاولوية لكن هذا الاجماع من التذكرة مستفاد من اطلاق ضعيف ليس بتلك المكانة من التعويل عليه على انه قد نص فيها بعد ذلك بست قوائم في السبب الرابع على ان الولاية حينئذ للحاكم والسلطان وظاهره الاجماع لكنه أيضا ليس بتلك المثابة من الظهور لانه قال ليس عندنا للسلطان ولاية في التزويج على الكبار ولا على الصغار بل على المجانين والسفهاء وستسمع تمام الكلام في السفه ثم ان الشهرة محكية على ذلك أي على أن الولاية للحاكم في التزويج على من بلغ ورشد ثم تجدد جنونه وقد يشهد على صحة الشهرة الاولى اطلاق الجميع هنا الا ما قل واطلاق الاكثر في باب النكاح فتأمل وقال في (جامع المقاصد) ان المجنون ان بلغ فاسد العقل فالولاية للأب والجد اما اذا كمل بالغنا ثم تجدد جنونه فالذي يقتضيه صحيح النظر ان الولاية عليه للحاكم ومثله ما في مجمع البرهان وما في نكاح المسالك وظاهر مجمع البرهان في مقام آخر انه لاخلاف ولا نزاع في ان أمره الى الحاكم وقال أيضا في مقام آخر لا دليل على ثبوتها لهما فتكون للحاكم كسائر الولايات ولا يساويه أحد في العلم والديانة ولان العلماء ورثة الانبياء وانهم بمنزلة انبياء نبي اسرائيل ولا شك في ثبوت ذلك للانبياء فيكون للعلماء أيضا ولان الفقيه نائب الاصل بمقتضى بعض الاخبار المؤيدة بالشهرة ونقل الاجماع (وقد يوجه) الاول بأن ولايتهما ذاتية منوطة باشفاقهما وتضررها بما يتضرر به الولد فكانت اولى من ولاية الحاكم وهما من جهة الاصول أيضا متساويان اذا كما يقال قد زالت ولايتهما والاصل بقاء انتطاعها معارض بمثله في ولاية الحاكم واذا كان كذلك فلا بد لهذا من ولي وهو دائر بين ابيه والحاكم ولا ريب ان الحاكم اولى لما ذكرنا اولاً ولا سيما اذا كان ابوه غير عدل ولان ولايته عامة وولاية الأب حينئذ تحتاج الى الدليل مضافا الى ما سئمت في السفه بل لولا الاجماع المنقول على ثبوت ولايتهما في التزويج والبيع وسائر التصرفات على البالغ المتصل جنونه بالصغر لا يمكن القول بثبوت ولاية الحاكم عليه أيضا وهذا الاجماع ونفي الخلاف حكي في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها والاحوط موافقة الحاكم للاب وموافقته للحاكم واما اشتركا للاب والجد في الولاية فظاهر نكاح المسالك الاجماع عليه وقد نص على الحكم في المقام المحقق والمصنف في غير الكتاب ايضا والشهيدان وغيرهم بمعنى نفوذ تصرف احدهما مع فقد تصرف الآخر او مواقفه وعدم المعارضة وسبق تصرف المتصرف منهما من غير علم الاخر أو مع علمه حتى لو كان السابق الأب وقد علم ان الجد مخالف له وقصد سبقه بالعقد أو التصرف فقد ترك الاولى وصرح عقده وتصرفه في (التذكرة) اذا كانا موجودين اشتركا في الولاية وكان حكم الجد أولى ولعله يريد اذا اقترنا لانه قد قيل حينئذ بتقديم الأب وقيل بتقديم الجد وقيل بالبطان وأوسطها الوسط للنصوص المستفيضة الدالة على ذلك في التزويج بل والاجامات المحكية وفي (تعليق الارشاد) هل تكون ولاية الجد أولى (أقوى خل) حتى لو باعا

معا يقدم بيع الجدة لا اعلم نصريحا بذلك لكن كلامهم في باب الانكحة يقتضيه ولعله يريد انه يقتضيه  
 بالفحوى والا لولية والمخالف في ذلك المصنف في وصايا التذكرة قال على ما حكي ان ولاية الاب  
 مقدمة على ولاية الجدة والشهيد الثاني في وصايا المسالك وفي تعدي الحكم الى اب الجدة وجد الجدة  
 وان علامع الاب أومع من هو أدنى منه حتى يكون اب الجدة أولى من الجدة وجد الجدة أولى من الجدة  
 وجران من زيادة البعد ووجود العلة وقد يقال بتقديم الجدة وأن علا على الاب فان الجدة وان علا يشمله  
 أسم الجدة لانه مقول على الأعلى والادنى بالتواطي ويقتضى الكلام في اقامة الجدة مع ابيه مقام الاب  
 مع الجدة فلعل الاقوى عدم اقامته لفقد النص الموجب له مع اشتراكهما في الوهية فان الجدة لا يصدق  
 عليه أسم الاب الا مجازا فلا يتناوله ومن جعله ابا حقيقة كما ذهب اليه جمع من اصحابنا يلزمه تعدي  
 الحكم وليس بذلك البعيد كما اخترناه في حواشينا على الروضة فعلى الاول يبطل العقد والتصرف  
 لاستحالة الترجيح بغير مرجح أو اجتماع الضدين وعلى الثاني يقدم عقد الاولى (الأعلى خل) وفي  
 (جامع المقاصد) هل يكون للجد الأعلى مع الجدة الادنى ولاية فيه نظر هذا وفي (مجمع البرهان والكفاية)  
 ان اكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الاب والجدة والاصل يقتضيه عدم الاشتراط (قلت)  
 قد تردد المصنف في ذلك في وصايا الكتاب وفي (الوسيلة) اشتراطها فيه وفي (الايضاح) ان الاصح انه  
 لا ولاية للاب أو الجدة ما دام فاسقا لانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله  
 ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل اقراراته واخباراته على غيره مع نص القرآن  
 على خلافه (قلت) قد حكي في نكاح التذكرة الاجماع على ولاية الفاسق في النكاح وقد يشهد هذا على  
 خلاف ما في الايضاح فتأمل وفي (جامع المقاصد) ان الذي يقتضيه النظر ان ولايته ثابتة بمقتضى النص  
 والاجماع واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه والمحذور يندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال  
 اختلال حال الطفل اذا كان للاب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرف في ماله واثبات اليد عليه وأن  
 ظهر خلافه فولايته ثابتة وأن لم يعلم حاله استعمله بالاجتهاد وتبعية سلوكه وشواهد احواله واما انهما ان  
 قدما فالولاية للوحي لاحدهما فان فقد الوصي فالحاكم فلا خلاف في ذلك ولاية وترتيبها ولا في كون  
 المراد بالحاكم - ث - يطاق من يعم الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى ويستفاد من بعض الاخبار  
 ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصي وللمؤمنين مع فقدته وفي (الحدائق) نسبتها الى الاصحاب وفي (مجمع  
 البرهان) الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وامانته بعد تعذر ذلك كله ويدل عليه قوله تعالى (ولا تقرىوا  
 مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وحكاية فعل الخضر عليه السلام والخبر الصحيح يدل على جواز بيع  
 مال الطفل عند عدم الوصي من غير قيد تعذر الحاكم ولا شك انه أولى مع امكانه والا فالظاهر أن  
 له ذلك كما في مال ولده ولا يبعد ذلك في المجنون والسفيه ايضا على تقدير ثبوت حجره لعدم الفرق  
 والضرورة وحكاية الخضر عليه السلام وفهم ان العلة في مال اليتيم هي الحسنى وقوله تعالى وما على  
 المحسنين من سبيل واراد بالخبر الصحيح ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال ان رجلا من اصحابنا  
 مات ولم يوصي فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله وكان رجلا خلف  
 ورثة صغارا ومتاعا فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه في يمينه ولم يكن الميت  
 صير اليه وكان قيامه بأمر القاضي لانه فروج فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك  
 يموت الرجل من اصحابنا فلا يوصي الى أحد وخلف جوارى فقيم القاضي رجلا منا ليعين أو قال

يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى في ذلك فقال اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد ابن سالم فلا بأس وفي رواية سماعه قال سئلته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث فقال ان قام رجل ثقة فقااسمهم ذلك فلا بأس ومثله صحيحة ابن رثاب ولم نجد خلافا الا من ابن ادريس فانه قال لا يجوز لمن ليس بفقيه تولي ذلك بحال وقد يظهر ذلك من المفيد والتقي حيث لم يذكر الا السلطان والفقيه واما انه لا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم فهو مما لا خلاف فيه وفي (التذكرة) الاجماع على انه لا ولاية للام وفي (مجمع البرهان) انه اجماع الامة والظاهر كما صرح به المصنف في التذكرة وجماعة ان وصي الاب لا ولاية له مع الجد لان ولايته شرعية وولاية الوصي جعلية ( واما السفه ) فقد قال المصنف فيما يأتي الولاية في ماله للحاكم خاصة واطلق من غير فرق بين من تجدد السفه عليه بعد بلوغه رشيدا أو بلغ سفيا ونحوه في ذلك المبسوط والشرائع والارشاد والتبصرة والتحرير وغيرها وبذلك الاطلاق صرح في حجر التذكرة في أول كلامه وهذا الاطلاق ذكره في باب النكاح ايضا قال في (الشرائع) وثبت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله يعني بالسفه ولم يقبل الاول بفقد الاب والجد وفي (المسالك) ان اطلاق الشرائع في الحجر يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ سفيا وانه أشهر القولين قال ووجهه على ما اختاره يعني المحقق من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ودفعه ظاهر لكونه (١) النظر حينئذ اليه انتهى ويأتي بيان الحال فيه وفي (المفاتيح) أيضا أنه أشهر حكى ذلك في الباب الخامس في التصرف بالنيابة وفي (اللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان) انه أن بلغ سفيا فالولاية فيه للاب والجد ثم لوصي احدهما وان بلغ رشيدا ثم تجدد سفه فالولاية عليه للحاكم وقد نفى عنه البأس في التذكرة في آخر كلامه وحكاه الشهيد عن ابن المتوج وقد صرح بذلك الشهيدان أيضا في باب النكاح ولم يذكر السفه في النافع في المقام واعلم لان حاله عنده كالمجنون بالنسبة الى المال فاكتفى عنه ببيان ولي المجنون (قلت) اما كون الولاية عليه للحاكم اذا بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فما تسالم عليه المطلقون والمفصولون وقد حكى في الكفاية في مقام آخر والمفاتيح ونكاح الرياض قول بان ولاية الاب والجد تعود بعد زوالها وهذا القول لم يحكمه غير هؤلاء بل في حجر الرياض ان ظاهر المسالك والروضة وغيرهما عدم الخلاف في ان الولاية للحاكم دونهما وهو كذلك ومن الغريب انه بعد ذلك قال لا يخلو هذا القول من قوة الثغنا التي ثبوتها في بحث التزويج على الاقوى مضافا الى ظهور الاجماع من التذكرة وقد عرفت ان اجماع التذكرة مستفاد من املاق ضعيف معارض بمثله فيها مضافا الى انه في المجنون لا في السفه وثبوتها لهما فيه في التزويج في محل المنع او التأمل ان صريح التذكرة الاجماع على ثبوت ولاية الحاكم على الاطلاق قال ليس له ولاية على الصغيرين ولا على من بلغ رشيدا وانما ثبت ولايته على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله اذا كان النكاح صلاحا له لا صالة انتفاء الولاية واما ثبوت ولايته على من ذكرنا فلانه وليه اجماعا فيكون وليه في النكاح (واما) ان الولاية عليه للاب أو الجد ثم لوصي أحدهما اذا بلغ سفيا ففي (مجمع البرهان) في باب البيع انه مما لا خلاف فيه ولا نزاع فيه وقد سمعت ما حكاه عن الاكثر في المسالك والمفاتيح

(١) كذا في النسخ والظاهر لكون ( مصححه )

وما حكيناه عن التذكرة وفي (نكاح المفاتيح) انه لا خلاف في ثبوت الولاية لها على السفينة والمجنون مع اتصال السفينة والمجنون بالصغر وحمل هذا على خصوص النكاح دون المال كما ربما يتوهم من ذكر ذلك في باب النكاح حتى يرتفع التناقض يردده ما يفهم من التذكرة والمسالك من انه لا فرق في هذا الخلاف بين المال والنكاح قال في (نكاح المسالك) واما ثبوت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله فعلموه بأنه وليه في المال فيكون وليه في النكاح وله تصريح آخر بذلك في آخر كلامه في هذه المسئلة والمفهوم من كلام بعض الاصحاب في باب النكاح أن هذا الخلاف المنفي أو الاجماع المحكي انما هو في المجنون خاصة بمعنى انه ان بلغ مجنوناً فان ولايته للاب والجد بلا خلاف وهو كذلك لان هذا الاجماع انما ادعي في المجنون ونراهم يحكون الخلاف في السفينة لكنك قد سمعت ما في التذكرة في موضعين وبذلك كله يظهر ما في الرياض هنا وفي باب النكاح حيث قال وثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون اجماعاً فيما اذا اتصل الفساد بالصغر لانه مخالف لما في موضعين من التذكرة ولما حكى من كلام بعض الاصحاب ولما حكى عن الاكثر وكيف كان نقول مولانا الصادق عليه السلام في خبر هشام ابن سالم فاذا احتلم ولم يؤنس منه رشداً وكان سفياً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه يدل على ثبوت ولاية الاب أو الجد في صورة اتصال السفينة بالبلوغ وهو الظاهر من قوله فان آتسّم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم فان مفهومه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليه والخطاب للاولياء حال الصغر وهم الاب والجد ومن تفرع عليهما بلا خلاف (وأما القائلون) بان ولاية السفينة للحاكم سواء تجدد سفنه بعد البلوغ رشيداً أو بلغ سفنها فقد قال في المسالك كما أسمعناكه ان وجهه ظاهر على تقدير القول بتوقف الحجر بالسفه ورفع على حكم الحاكم لكون النظر حينئذ اليه وكأنه أخذ ذلك من التذكرة حيث قال الولاية في مال السفينة للحاكم سواء تجده السفينة عليه بعد بلوغه أو بلغ سفنها لان الحجر يفتقر الى حكم الحاكم وزواله أيضاً يفتقر اليه فكان النظر في ماله اليه وفي كلامهما نظر من وجهين (الاول) انه قد قال في التذكرة اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفاً فيه قبل بلوغه ابا كان أو جداً أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم فان عرف رشده انفك الحجر عنه ودفع اليه المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر أم يفتقر الى حكم الحاكم وفك القاضي الاقرب الاول لقوله جل شأنه فان آتسّم منهم رشداً وزوال مقتضي للحجر كالمجنون ولانه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولكان عندهم من أهم الاشياء الى آخره وهذا ظاهر اوانص في استمرار ولاية الاب والجد على من بلغ سفنياً مع أن مذهبه كما سمعته توقف الحجر وزواله على حكم الحاكم وما ذاك الا من حيث تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجدد السفينة بعد البلوغ وانه لا نزاع في عدم توقف حجر السفينة على حكم الحاكم اذا كان السفينة متصل بالبلوغ ويأتي في باب السفينة نقل الاجماع على ذلك وحينئذ فتفرع ولاية الحاكم في صورة اتصال السفينة بالبلوغ على القول بتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكرناه غير سديد ويتقدح من هذا أنه لا ينبغي النظر الى الدليل فانه قد يرجح الحكم عند الفقيه لاسر ويستدل عليه بدليل غير صحيح كما يظهر ذلك لمن تتبع الخلاف والمختلف والمنتهى وغيرها ألا تراه في التذكرة كيف قال بعد استدلاله وقوله فكان النظر في ماله اليه مانصه (وقال) أحمد ان بلغ الصبي سفنياً كانت الولاية للأب والجد أو الوصي لهما مع عدمهما والا فالحاكم ولا بأس به كما حكيناه عنه آتفاً فان هذا يدل على عدم تمام دليله



وانما يتصرف الولي بالغبطة فلو اشترى لامع الغبطة لم يصح ويكون الملك باقيا للبائع والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا (متن)

السابق وعدم صحة الدعوى فينبغي تأويل دليله الاول ان أمكن والا فهو رجوع كما هو الظاهر هنا وأما قوله في التذكرة الاقرب الاول فالظاهر انه لمكان خلاف بعض الشافعية (النظر الثاني) انا ان سلمنا توقف حجر السفيه وزواله على حكم الحاكم فاننا نمنع الملازمة اذ لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز أن لا يثبت ولا يزول الا بحكمه مع كون الولاية والتصرف للاب والجد وانما التوقف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فانه المجتهد الجامع للشرائط القائم مقام صاحب عجل الله فرجه وأما المفلس فلا خلاف ولا نزاع أصلا في كون الولاية في ماله للحاكم خاصة كما طفحت به عباراتهم وأفصحت به كلماتهم في بابه وغير بابه من غير تأمل ولا حكاية خلاف قوله ﴿ وانما يتصرف الولي بالغبطة ﴾ قال في (التذكرة) الضابط في تصرف المتولي لاموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة وظاهره انه مما لاخلاف فيه بين المسلمين وانه لا فرق في ذلك بين الاب والجد والوصي والحاكم وأمينه وقد تقدم لنا في باب الرهن نقل كلام الاصحاب في اقراض الولي لماله واقتراضه ونقل الادلة على ذلك مع تمام الاستيفاء ويأتي في مطاوي المقام تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اشترى لامع الغبطة لم يصح ويكون الملك باقيا للبائع ﴾ ويكون الثمن باقيا أيضا على مال المولى عليه ونمائه له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا ﴾ القول بأن له استيفاء القصاص خيرة حجر التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والايضاح وحواشي الكتاب والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (قصاص الكتاب والتحرير) لو قيل به كان حسنا (قلت) وجهه تساطه على استيفاء حقوقه مع المصلحة ولما في التأخير من التعريض للضياع والمحقق في الشرائع استشكل ولم يرجح الشهيد في غاية المراد والمقدس الاردبيلي في جمع البرهان وقال الشيخ في (الخلاف والمبسوط) ليس له استيفاء القصاص وهو خيرة الشهيد في قصاص اللمعة وفي الاول الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر الثاني ونص في المبسوط على انه يحبس حتى يبلغ الصبي أو يفيق المجنون أو يموت فيقوم وارثه مقامه ولا فرق في ذلك بين الطرف والنفس وواقعه عليه الشهيد في اللمعة لان فيه منفعة للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق والواجب على الحاكم حفظ الحقوق ولا يتم هنا الا بالحبس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي (قصاص الشرائع) انه أي الحبس أشد اشكالا ومنع منه في المسالك وتبعه الكاشاني وفي (غاية المراد) ان تجوز العفو على مال ثم تجوز القصاص للصغير أقوى اشكالا من التأخير والحبس وكأن هذه الاشكالات كلها ليست في محلها والشيخ استند فيما ذهب اليه الى أن الاستيفاء تفويت لا يمكن تلافيه وكل تصرف هذا شأنه لا يملكه الولي كالعفو عن القصاص فانه لا يتم ولا يسقط به القصاص اذا كمل المولى عليه وان كان على مال وكذلك الطلاق والعق بخلاف تصرف يمكن تلافيه فانه للولي أن يفعله كالنكاح ولذا قال في المبسوط ان للولي العفو عن القصاص على مال لان المولى عليه اذا كمل كان له القصاص ولم يستند الى أن القصاص للتشفي وهو منتف كما حكاه عنه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح والمحقق الثاني في جامع المقاصد حتى يجاب بأنه ربما ظهرت علامات موته وان انتفاء التشفي ليس بظاهر اذا بلغ الطفل وعلم بفعل الولي ولمل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على مخالفة

ولا يمتق عنه الامع الضرورة كالتخلص من نفقة الكبير العاجز ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره (متن)

الشيخ مع دعواه الاجماع على انه لو كان قد استدل بذلك لم يكن لهم المخالفة مع دعواه الاجماع لانك قد عرفت آتفاً أنه قد يقوى الحكم في نفس الفقيه لامر عنده ويستدل عليه بما لا ينهض حجة تقريباً لكنه في لقطه المبسوط استند الى التشفي وتصوير المسئلة في طفل قتلت أمه وله أب أوجد عندنا وقد طلقها أبوه عند العامة وتام الكلام في باب القصاص وليعلم أن الشيخ منع من القصاص للامام في لقطه المبسوط فيما اذا جنى على طرف اللقيط وكان صغيراً وجزم في لقطه الارشاد بجوازه له مع المصلحة وهو الذي قر به المصنف في لقطه الكتاب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان ونسبه في المسالك الى الاكثر وقال في (الشرائع) لو قيل به كان حسناً ولا ترجيح في الدروس وأما انه له العفو على مال فظاهر قصاص المبسوط الاجماع عليه سواء كان الصبي في كفاية أو فقيراً لآمال له قال له ذلك عندنا لانه له القصاص اذا بلغ فلا يبطل التشفي الذي استند اليه قوم من العامة في عدم جواز العفو على مال وهو خيرة التحرير في باب القصاص وخيرة قصاص الكتاب والارشاد وجمع البرهان بشرط المصلحة لا بدونها وخيرة حجر التذكرة وجامع المقاصد مع الشرط المذكور واحتمل المنع في التحرير اذا كان ذا كفاية لما فيه من تفويت حقه من غير حاجة وينبغي معرفة ما اذا أراد بالمصلحة من قيد بها فهل أراد بها أن يكون فقيراً لا كفاية له أو ما هو أعم من ذلك بحسب نظره الظاهر الثاني كما ستمسح والظاهر أنهم يقولون بأن له القصاص اذا بلغ كما سمعته في المبسوط (كما ستمسحه عن المبسوط خل) وقد جوز في لقطه التحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان للامام العفو على الدية اذا جنى على اللقيط ونسبه في المسالك الى الاكثر ومنع من ذلك في لقطه المبسوط والتذكرة وتام الكلام في هذا يأتي في اللقطه وأما انه ليس له العفو مطلقاً غير مقيد بالمال فهو خيرة قصاص الكتاب والتحرير وظاهر الايضاح لا تنفاه المصلحة واختير في حجر التذكرة وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والروض وكذا جمع البرهان ان له ذلك مع المصلحة ويمكن فرضها بأن يكون الذي يقتص منه ذا جاه وسلطان ويحصل للطفل بسبب العفو عنه مراعاة في الخراج فلا يأخذ منه شيئاً ويتوجه اليه بالترية وعلو المنزلة ولو اقتص منه حصل له منه ضرر في نفسه أو ماله أو أقاربه أو نحو ذلك مع انه لا نفع له في القصاص أصلاً ومع العفو عن شيء يسقط ذلك الشيء لا غير كما اذا استحق على شخص واحد قصاص طرف ونفس وفي (التحرير وكشف اللثام) لو كان الاصلح أخذ الدية وبذلها الجاني ففي منع الولي من القصاص ان قلنا بأن له استيفاء اشكال (قلت) اذا قلنا بأن ذلك لا يسقط قصاصه اذا بلغ فلا اشكال في منعه وتام الكلام في الفصل السابع في العفو من كتاب القصاص ﴿ قوله ﴾ ولا يمتق عنه الا مع الضرورة كالتخلص من نفقة الكبير العاجز ﴿ الذي لا ينتفع به في الاستخدام وغيره ولا يرغب في شرائه راغب ومثله ما اذا كان له جارية ولها أم وقيمتها مجتمعتين مائة ولو انفردت البنت ساوت مائتين ولا يمكن افرازها بالبيع فلو أعتقت الام ليكثر ثمن البنت كان جائزاً وله أيضاً اعتاقه على مال اذا اقتضت المصلحة ذلك كأن تكون قيمة العبد مائة فيعتقه على مائتين أو يكاتبه على ذلك كما قر به في التذكرة قال ولولم يكن للطفل حظ لم يصح قطعاً ﴿ قوله ﴾ ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره ﴿ اجماعاً كما في جامع المقاصد في المقام وغيره في باب الطلاق ولا فرق في ذلك بين الحاكم وغيره

ولا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة ولا يسقط مالا في ذمة الغير وله ان يأكل بالمعروف مع فقره وان يستعفف مع الغنى والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل (متن)

ويدل عليه الاصل وعموم الطلاق بيد من أخذ بالساق كما في المستفيضة وخصوص المعتبرة المستدل بها في الاب والجد بالمنطوق وفي الحاكم بالاولوية منها الصحيح وغيره هل يجوز طلاق الاب قال لا والفرق بينه وبين المجنون حيث حكموا بجواز طلاقه عنه ان له مدة يمكن فيها زوال المنع عن الطلاق بخلاف المجنون فتأمل والاصل فيه استفاضة النصوص المخرجة فيه عن حكم الاصل واجماع الايضاح بخلاف الصبي فلا يخرج عنه فيه فيصح طلاق الولي عن المجنون مطلقا مطبقا كان أو ادواريا خلافا للخلاف والسرائر مدعيا عليه في الخلاف الوفاق مع عموم الخبر المستفيض الطلاق بيد من أخذ بالساق وهو مخصوص بما عرفت والاجماع معارض بمثله موهون بمصير الاكثر الى خلافه سلمنا لكنه خبر صحيح لا يعارض الاخبار الصحاح وغيرها مما انجبر بالشهرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة ﴾ اذا باع شريكه شقعا مشفوعا كان لوليه العفو والاخذ بحسب المصلحة فان عفى الولي بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد الاخذ لم يمكن منه وكذا لو أخذ كذلك ثم بلغ وأراد رده لم يمكن له ذلك كما سيأتي في باب الشفعة من دون نقل خلاف ولا اشكال ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا يسقط مالا في ذمة الغير ﴾ الا مع المصلحة كاستكفاف الظالم بابرائه منه بل له أن يرشيه لمثل ذلك وتخليص ماله من تعويقه واطلاق زرعه بل لو طمع في ماله وجب عليه أن يعطيه مالا يقدر على دفعه عن ماله الا به فان كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يأكل بالمعروف مع فقره وأن يستعفف مع الغناء والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل ﴾ ولي اليتيم القائم بأمره وجمع امواله وحفظها اما أن يكون غنيا أو فقيرا فان كان فقيرا جاز له أن يأخذ اجماعا وفي قدره خلاف كما في التذكرة وفي (التنقيح) لا خلاف في جواز أخذه شيئا ونفى عنه الريب في الكفاية والاقتصار في النافع على الوصي لأنه الغالب ولأن غيره واجب النفقة عليه فتأمل ويأتي في بيان الغني ما يعرف به وجه التأمل (وأما) اذا كان غنيا فخيرة المبسوط والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير واللمعة والتنقيح وكنز العرفان وجامع المقاصد في موضعين منه والمسالك والروضة والمفاتيح والرياض انه يجب عليه الاستعفاف واليه مال في ايضاح النافع لظاهر الامر به في الاية الشريفة (وفي الموثق) تقييد بما اذا كان محتاجا وليس له ما يقيمه لكن بعض هؤلاء قال انه يأخذ الاجرة كما تستمع وحقه أن لا يفرق في جواز الأخذ بين الغني والفقير لان محط نظره هو العمل دون الفقر كما نبه عليه في وصايا جامع المقاصد وصريح التذكرة وظاهر الوسيلة والترايح والكتاب في موضعين انه يستحب له التعفف مع الغنا بل هو ظاهر النهاية والمحكي عن أبي علي القرينية العفة الظاهرة في الجواز وفي المسالك له وجه (قلت) كأن هذه القرينية لا تقوى على صرف الامر عن ظاهره في الاية وكذا الرواية وقد نسب اليهم في التنقيح أنهم يقولون بكرهية الاخذ ولعله لانه ترك مستحب وفيه نظر ولعل مرادهم بالغني الغني السري وهو القادر على قوت سنة له ولعالمه الذي هو ضد الفقير السري ويحتمل ارادة الغني عرفا وهذا فيمن صار المال في يده باختياره أو صار وصيا كذلك وأما من يجعله الحاكم فيمكن أن يكون له أخذ اجرة المل وان كان غنيا ويجوز للحاكم أن يعين له ذلك اذا لم يوجد المتبرع هذا كله مع نية أخذ العوض بعلمه أو نوى التبرع لم يكن له أخذ شيئا مطلقا قطعا ولو ذهل عن القصد

فالظاهر جواز الاخذ لانه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه مالم يتبرع لانه عمل محترم فكان كما لو أمره مكلف بعمل له أجره في العادة فانه يستحق عليه أجره المثل مالم ينو التبرع كما ذكره في باب الاجارة خصوصا اذا قلنا بجواز أخذ قدر الكفاية للاذن فيها من الله سبحانه من غير قيد فيشمل ما اذا نوى العوض أو لم ينو ثم ان ظاهر اطلاق أكثر العبارات عدم الفرق في جواز الاخذ بن كثره المال وقتله وهو الموافق لاطلاق الآية وبعض الروايات لكن في بعض العبارات كعبارة النهاية والوسيلة والسرائر وغيرها اشعار باشتراط الكثرة وفي الصحيح أو القريب منه فان كان المال قليلا فلا يأكل شيئا وفي الموثق وان كانت صنيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرزأن من أموالهم شيئا اذ ظاهره اشتراط صرف العمل كله في مال اليتيم وهو يوافق القول بالاخذ قدر الكفاية ولعله بدون ذلك لايتم فتمثل وظاهر أكثر العبارات والروايات تخصيص الحكم بالمتولي لاموال الايتام وقضيته انه لو لم يكن يتيم أو كان لكن لا ولاية له عليه بل على الثلث أو قضاء الدين مثلا انه لا يستحق شيئا لكن جملة من العبارات كعبارة التذكرة في باب الوصايا والكتاب والدروس أطلق فيها الحكم وهو ان يظهر والا فلو كان وصيا على الاطفال وقضاء الدين وثالث المال وتحصيله وانفاقه في وجوه البر ونحو ذلك امكن عملا المعلق بالثلث وقضاء الدين لا اجرة له أو ياخذها من مال الاطفال وكلاهما محل منع أو اشكال والموافق للاعتبار التوزيع واستوضح ذلك فيما اذا كان وصيا على قضاء الدين أو الثلث وحده أو عليهما فانه لم يستحق أجره لصاع عليه العمل المحترم المأمور به من الميت والشارع الغير المتبرع به وذلك بعيد قليتا مل بل قد يدعى الاولوية لانه اذا جاز الأكل من مال اليتيم فبالأولى أن يجوز من الثلث والدين هذا واذا جعل للوصي شيئا لحق سعيه جاز بل ارب كما في وصايا جامع المقاصد وفي (التقح) ان كان الجعل أجره مثله من غير زيادة صح بلا خلاف وان زاد فان خرجت الزيادة من الثلث والا اعتبرت اجازة الوارث انتهى وهو كذلك وان عين له ما هو أنقص من أجره مثله لم يتجاوز عنه اذا علم ورضي به ومحل الخلاف ما اذا لم يجعل له جملة فتولى أمور الاطفال وقام بمصالحهم وقد عرفت أنهم أجمعوا على انه له أن يأخذ مع قده شيئا وفي قدره حينئذ ثلاثة أقوال كما في كشف الرموز والمهذب الرابع والمقتصر والتنقيح وغيرها مما صرح به أو ذكر فيه توجيه أقل الامرين كما ستعرف وجعل في النافع قولان في المسئلة مع فقره وترك فيها أقل الامرين وقد حكى هذين القولين كاشف الرموز في تفسيره لانه جل شأنه فليأكل بالمعروف وجعل في السرائر في أول كلامه في المسئلة مع فقره قولين قدر الكفاية وأقل الامرين منها ومن أجره المثل وفي آخر الباب جعل الاقوال ثلاثة مع الفقر أيضا وظاهر السرائر ووصايا الكتاب وغيرها ان في المسئلة مع غناه ثلاثة أقوال وفي (الايضاح) ان في المسئلة خمسة أقوال (الاول) انه أجره المثل قال وهو قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام قلت يعني في آخر الباب المذكور (الثاني) ان له قدر الكفاية قال وهو قول الشيخ في النهاية قلت يعني في أول الباب المذكور (الثالث) أقل الامرين قال وهو قول الشيخ في الخلاف والتبيين (الرابع) قال وقال في المبسوط اذا كان فقيرا جاز له ان يأكل من مال اليتيم أقل الامرين من كفايته وأجره مثله (الخامس) قال قال ابن ادريس يأخذ قدر الكفاية ان كان فقيرا قال فلهذه خمسة أقوال (قلت) يجمعها أجره المثل مطلقا قدر الكفاية مطلقا أقلهما مطلقا ان كان فقيرا قدر الكفاية ان كان فقيرا ويلزمه قول سادس وهو أجره المثل مع الحاجة لان كان معروفا لا يكاد ينكر كما سنسمع ونحن نذكر الكتب التي اختير فيها أحد هذه الاقوال ولا ينبغي أن نعيد

ذكر ما قيد فيها أحد الأقوال بالفقر وما أطلق فيها ذلك لانك قد عرفت فمما سلف فالقول بأن له أجره  
 المثل خيرة النهاية في آخر الباب كما عرفت والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والكتاب في  
 البابين والايضاح واللمعة والمقتصر والمسالك والمفاتيح على اختلاف آرائهم في التقييد والاطلاق وجعله  
 في كشف الرموز مقتضى النظر وعن (جمع البيان) انه الظاهر من روايات أصحابنا ويرد على النافع وكشف  
 الرموز واللمعة والمسالك والمفاتيح ما أوردها عليه آنفا مما حكيناه عن جامع المقاصد والقول بأن له  
 قدر كفايته خيرة النهاية والوسيلة والسرائر وفي الاخير انه الحق اليقين وكأنه ظاهره الراوندي  
 وفي (كشف الرموز) انه خيرة الشيخ وأتباعه والقول بأقل الامرين خيرة البيان والمبسوط والخلاف على  
 ما حكى ولم أجده في الخلاف وفي (كشف الرموز والتنقيح وكنز العرفان والرياض) انه أولى وأحسن  
 وفي (جامع المقاصد) انه أصح وفي (الروضة) انه أقوى وفي (التحرير) انه أحسن وفي (ايضاح النافع) انه  
 هو الذي يجب تحصيله وفي (المسالك والمفاتيح) انه أجود وأحسن لو تحقق للكفاية معنى معروف وفي  
 الاخير انه مبهم جدا وفي (الكفاية) انه لا ريب في استحقاقه أقل الامرين مع التمر وفي الزيادة على  
 ذلك تردد (حجة القول الاول) ان عمله محترم فلا يضيع عليه وحفظه بأجرة مثله وما رواه الشيخ في الصحيح  
 عن هشام بن الحكم على الصحيح في علي بن السندي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فيمن تولى  
 مال اليتيم ماله أن يأكل منه قال ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر فليأكل بقدر ذلك وقد  
 سمعت ما حكى عن مجمع البيان من أنه الظاهر من روايات أصحابنا وقد تعرض الراوندي لاخبار الباب  
 ولم يذكر هذا الخبر الصحيح (وحجة القول الثاني) قوله جل شأنه ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف  
 والمعروف مالا اسراف فيه ولا تقتير وما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن سماعه في الموثق عن أبي عبد الله  
 عليه السلام في قول الله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف من كان يلي شياً ليتامى وهو محتاج  
 اليه ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويترحم في صنيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف وما رواه في الكافي  
 بطريق فيه سهل وفي (التهديب) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل فليأكل  
 بالمعروف قال المعروف هو القوت وملكه الصحيح الآخر وفي موثقة حنان له أن يصيب من لبنها من  
 غير نهك لضرع ولا فساد لتسل ومثله المروي في تفسير العياشي ويمكن الجمع بارجاع هذه الى الصحيح  
 المتقدم وكأن التكافؤ موجود لمكان ما في مجمع البيان وكثرة العاملين به أي بالصحيح وحينئذ يكون  
 الأكل كناية عن التصرف والاخذ بأكل وبدونه وكونه بالمعروف كناية عن أجره المثل لانها ان  
 كانت أقل فالمعروف بين الناس ان الاسان لا يأخذه عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف  
 وهو أجره مثله ومثل هذا يسمى أكلا بالمعروف والزيادة عليه أكلا بغير المعروف (والحاصل) اما أن  
 يراد بالمعروف حينئذ المعروف عرفاً أو شرعاً وعلى كليهما فالمعروف في الشرع والعرف أجره عمله الذي  
 هو حفظ الاولاد والاموال فلا يجوز له الا ذلك المقدار فأخذه وان كان زائدا عما يحتاج اليه من سد  
 الخلة وأما احتمال أن يراد بالمعروف ما يحتاج اليه فبعيد جدا لانه كيف يجوز له أخذه مع زيادته على  
 أجرته وان أراد بالأكل المعنى الحقيقي كما هو ظاهر بعض هذه الاخبار وصرح خبر حنان كان  
 المعروف فيه القوت والغالب فيه كونه أقل من الأجرة اذا كان العمل كثيرا كما سمعته آنفا فليلحظ  
 هذا فانه نافع في الجمع بين اخبار الباب وفتاوى الشيخ والافسا كان الشيخ في النهاية ليختلف كلامه  
 في صفحة واحدة من دون تقادم عهد فراده ان أراد أن يأخذ أجره فلا يستحق الا أجره المثل وان

أراد ان يأكل قليلاً كل قدر كفايته وحاجته كما أشار اليه مولانا الصادق عليه السلام في خبرخان (قال) قال سأثي عيسى بن موسى عن القسيم للايتام في الابل ما يحل له منها (قلت) اذا لاط حوضها وطلب ضاتها وهنا جربانها فله ان يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد لتسل ومثله خبر العياشي ولعله معنى ما في الصحيحين فليأكل بالمعروف وهو القوت وهو ينطبق على ما في التبيان والخلاف والمبسوط من ان له اقل الامرين بمعنى آخر كما ستعرفه ولم يعرف ان هناك خلافاً الا من ابن ادريس وتبعه بعض من تأخر من دون امعان نظر ولعله لهذا لم يذ كر ذلك في المختلف وظاهر التذكرة او صريحاً ان كلامي الشيخ في النهاية لا خلاف بينهما فلتلحظ وحينئذ فعند امعان النظر يظهر أن لا خلاف بين أجره المثل وقدر الكفاية والأكل بالمعروف بحمل ذلك على أجره المثل لأنه المعروف عرفاً وشرعاً كما قدمنا أو بالفرقة بين الأكل والاخذ من غير أكل كما بينا اذ مرجه أنه لا يأكل الأكل الحقيقي الا بمقدار الاجرة ولولا ان يكون المحقق وفخر الاسلام حكيماً الخلاف في ذلك لجزمنا بعدهم نعم قول الشيخ في المبسوط والخلاف والتبيان على ما حكى مخالف لقوله في النهاية لان مرجع قوله في النهاية على ما بينا أن له الاجرة سواء زادت عن قرينه وقدر كفايته وحاجته أم لا وانه اذا تناول منه أكلاً أو بمقدار الكفاية لا يزيد عنها والا فقد يكون العمل قليلاً والقوت وقدر الكفاية كثيراً فيؤدي الى الاضرار بمال اليتيم وقد يكون المال والعمل قليلين كبن الشاة اذا حلبها فلو أكل قوته أكل اللبن كله ولعله اليه أشار مولانا الصادق عليه السلام في خبر الكناي بقوله وان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً ولعل معناه أنه يأخذ اجرة مثل ذلك أو ان مثل ذلك لا اجرة له عرفاً كما يأتي في بابه عند بعضهم ومرجع قوله في المبسوط والتبيان الى الفرق بينهما ويمكن الجمع بحمل قوله في هذين الكتابين على الاستحباب بمعنى أنه يخير بين الأكل بمقدار قوته والاخذ لقوته بحيث لا يزيد عن الاجرة وبين الاخذ منه أجره لكن يستحب له أن يختار أقلهما كما أشار الى مثل ذلك في التذكرة وبذلك يحصل الجمع ويرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ ولا يبعد هذا الجمع الاقلال جماعة الخلاف وهو ليس بتلك المكانة من التباعد مع امكان الجمع السديد والا فلو فرقنا بينهما وحملنا الكلام على ظاهره لم يتجه ولم يظهر له حاصل في أحد تفسيرى معنى الأكل لان الأكل بالمعروف وقدر الحاجة والكفاية ان أريد به الأكل الحقيقي وجمل مختص بالولي دون عياله وكان أقل من الاجرة يلزم أن يجب الاقتصار عليه ولا يجوز له ان يأخذ بقية الاجرة ولا نجد له وجها الا أن يقال ان الكفاية حينئذ تكون حاصلة فيكون غنياً فيجب عليه الاستعفاف عن الباقي (وفيه) أن المحكي من عبارة التبيان والخلاف في السرائر ليس فيها تصيد بالفقر سلمنا أن الفقر مراد بقريته ما ذكره في السرائر من كلامه ان ذلك مع الفقر وعدم الغنى وبقريته التصريح بذلك في المبسوط لكن حصول القوت يحتاج معه الى بقية مائة السنة من نفقة وكسوة وسكن وغيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر ان لم نشترط حصول ذلك في بقية عياله الواجبى النفقة خصوصاً اذا صرف عمله كله تمام سنته في مال اليتيم فقد حصلت الكفاية بهذا الاعتبار مع الفقر والاضطرار فلم يكن غنياً حتى يجب عليه أن يستعفف عن بقايا أجره عمله المحترم الغير المتبرع به وأن أريد بالأكل بالمعروف وقدر الكفاية مطلقاً التصرف والاخذ كما هو المراد من قوله جل شأنه (ولا تأكلوا اموالكم بينكم ولا تأكلوها أسرافاً وبدار) ونحو ذلك فيكون قوله عليه السلام في الصحيحين هو القوت تخصيص معنى الأكل الا انه ليس بصريح بأكله بنفسه لان الأكل يستعمل كما عرفت فيما هو اعم فالمعروف

ويجب حفظ مال الطفل واستمائه قدره لا تأكله النفقة على اشكال (متن)

من ذلك غير معروف حتى اذا كان اقل من اجرة مثله يجب الاقتصار عليه لان التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الاشخاص واختلاف الحاجة الا ان تقول لو كان تصرفه وقدر كفايته بالمعروف خمسين درهما مثلا وقدر اجرة مثله مائة فانه يجب عليه الاقتصار على الخمسين ان ارتفع فقره بها وهذا معنى صحيح الا ان يدعى ان الظاهر من الآية وبعض الاخبار هو الاول (لكن) لقائل أن يقول أن الظاهر من كلام القائل هو الثاني فتأمل ولا تغفل عما ذكرناه آنفا (وكيف كان) فقد ظهرت حجة القول الثالث أعني اقل الامرين من الاجرة والسكفاية مع اعتبار الفقر من ان الكفاية ان كانت اقل من الاجرة فلانه مع حصولها يكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف وان كانت اجرة المثل اقل فانما يستحق عوض عمله فلا يحل له أخذ ما زاد ولان العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الاجرة لم يستحق ازيد من اجرة عمله فكيف يستحق الأزيد مع كون المستحق عليه ينما وقد ناقشهم في المسالك بمثل ما ذكرناه في التريديد في معنى الأكل وكلامه في ذلك غير منقح فليحظه من اراده ثم أن ما فيه وفي (المفاتيح) من انه ليس للسكفاية معنى معروف مضبوط وانه مبهم جدا غير جيد لان معناها كما قدمنا ما يرتفع بها الفقر كما اشار اليه في الروضة فان كانت المسئلة خلا فيه فهذا القول اجودها جمعابين الادلة ان كانت مختلفة واما القول بان فيه اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصل كما في الرياض فكأنه في غير محله لان اجرة العمل المحترم غير مخالفة لاصل ولا تقل واما ما رواه ثقة الاسلام عن البرزطي بطريق فيه سهل قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال الايتام فيحتاج اليه فيميد يده فيأخذه وينوي ان يرده قال لا ينبغي له أن يأكل الا القصد ولا يسرف وان كان من نيته ان لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله تعالى (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما) ففيه على ضعفه واعراض الاصحاب عنه انه محمول على التقيه لان وجوب رد عوضه اذا ايسر مذهب عبيدة السلماني وعطا ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية والشافعي في احد القولين وقد حمله بعض اصحابنا كالمقداد على الاستحباب قوله ﴿ ويجب حفظ مال الطفل واستمائه قدره لا تأكله النفقة على اشكال ﴾ صحة عدم الوجوب كما في جامع المقاصد وجزم في نكاح التذكرة بانه يجب عليه استمائه بحيث لا تأكله النفقة والمؤمن أن امكن قال ولا يجب عليه المبالغة في الاستمائه وطلب النهاية ولم يرجح ولده في الايضاح ولا الشهيد في حواشيه قال في (الايضاح) الاشكال ينشأ من انه اكنساب ولا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذا من آتم المصالح ولانه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب الولي لدفعهما هذا ينبت على ان هذا هل هو مصلحة أو اصلح وعلى الثاني هل يجب أم لا وقد حقق ذلك في علم الكلام انتهى (قلت) الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة بمعنى دفع الضرر ولا يجب عليه الاصلح والا لوجب عليه شراء الرخيص له حيث لا يكون حتما ولا يلزم العدول الى الغالي ووجب البيع اذا طلب متاعه بزيادة وسينص المصنف على استحباب ذلك وقال في (التذكرة) يستحب له ان يتجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح سواء كان الولي ابا أو جدا له أو وصبا أو حاكما أو امين حاكم وبه قال علي عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافا الا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك لان خزنه احفظ له وابد له عن التلف

فان تبرم الولي به فله ان يستاجر من يعمل ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص (متن)

انتهى وقد افاد نفي الخلاف عن الاستحباب وأن كان مسوقا لغير ذلك ويدل على عدم الوجوب ايضا قول الصادق عليه السلام في خبر اسباط ابن سالم حيث سئل عن مضاربة اخيه في مال ابن اخيه الصغير الذي هو وصي له وانه يدفع الربح لليتيم ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا باس به وان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم. حيث قال عليه السلام لا باس به ولم يقل فليتجر به أو يضارب أو يجب عليه أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب ومثله خبر ابي الربيع حيث قال له ا يصلح له ان يعمل به فقال عليه السلام نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والربح بينهما نعم روى العامة عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ولي يتيما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقة وهو على ضعفه مخالف لما عليه اصحابنا اذ ليس في تقديده من زكوة وجوب ولا استحبابا نعم لو اتجر له الولي استحب قوله ﴿ فان تبرم الولي به فله ان يستاجر من يعمل ﴾ برم برما فهو برم ضجر فهو ضجر وزنا ومعنى اذا ستمه وماله ويقال أبرمه أي أمله واضجره ولعله يريد أنه اذا تبرم باستئانه فله ان يستاجر من يعمل به ويستثنيه لان المدار على الاستئمان لكن هذا يعني عنه ما يأتي له من ان له ان يضارب به ويضعه مع عدم مناسبة الاستئجار له في الجملة ويحتمل ان يراد أنه اذا تبرم بحفظه ومباشرته فله ان يستاجر من يباشره ويعمل لحفظه وهذا يناسبه ذكر الاستئجار وقوله فيما يأتي واذا تبرع أجني الى آخره لكنه يعني عنه أيضا قوله وللأب الاستئابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك ولعله غرضه انه ان تبرم بما يصح له الاستئابة فيه ويستحق عليه أجره كان له ان يستاجر (وتنقيح هذا) أي حكم الاستئابة ان للوصي الاستئابة فيما لا يقدر على مباشرته اجماعا كما في التذكرة دفعا للضرر وكذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرته قضاء للعادة وتزيلا للاطلاق على المتعارف بين المباشرين والمعهود بينهم وأما ما يصلح لمثله أن يليه فالأولى عدم المنع وفي (التذكرة) الأولى المنع فتأمل هذا مع الاطلاق واما مع التخصيص على الاستئابة فانه جائز اجماعا كما في التذكرة قال ومع التخصيص على المنع لا يجوز اجماعا ولعل هذا مقيد بغير الذي لا يصلح مثله لمباشرته كما انه مقيد قطعاً بغير الذي لا يقدر عليه قال في (جامع المقاصد) اما ما لا يقدر مثله على فعله أو لم تجر العادة بتولي مثله فانه يجوز له الاستئابة قطعاً وهذا باطلاقة يتناول ما ذكرنا وقد يكون قوله في التذكرة واما مع التخصيص الى آخره اما لحظ فيه ما يصلح لمثله أن يليه ولعل ظاهر هذا هو الظاهر فلا يحتاج الى التقييد وتام الكلام يأتي انشاء الله تعالى قوله ﴿ ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص ﴾ قد أوجب عليه الامرين في نكاح التذكرة واستثنى من الثاني ما اذا رغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز وقال في (جامع المقاصد) في بعض النسخ عوض يستحب يجب في الموضوعين وفي (حواشي) شيخنا الشهيد أمهما متوجهان لتردده في الاستئمان بين الوجوب والاستحباب فجاز كل من الامرين هنا لأن ذلك استئمان وقال معترضاً على الشهيد ان هذا القدر لا يجدي لان ما سبق تردد وما هنا فتوى وجزم فالحالفة ثابتة نعم (قد يقال) هو رجوع عن التردد الى الجزم وان قرب ما بينها (وقد يقال) في الاعتذار لتسخة الاستحباب مع التردد



وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للاب أخذ الاجرة على اشكال وله ان يرهن ماله عند ثقة  
 لحاجة الطفل والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة فيه  
 اشكال ينشأ من ان له الدفع الى غيره فجاز لنفسه ومن ان الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق  
 عليه الا بعقد ولا يجوز ان يعقد الولي مضاربة مع نفسه (متن)

السابق ان الاستمءاء على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا يذهب مال  
 الطفل معها بالثقة أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلا وعلى تقدير الوجوب أن  
 التردد في الاستمءاء الذي يحتاج الى توجه وسعي لتحصيل النماء أما ما حصل بغير تكاف  
 وسعي فانه واجب لا محالة (قلت) الاعتذار ان لا يخفى حالهما على تقدير التردد السابق ثم ان الموجود  
 في النسخ التي رأيناها يستحب في الموضعين قال وكيف كان فنسخة الاستحباب أوجه الا في شراء الرخيص  
 على بعض الوجوه فان العدول عنه الى شراء الغالي لا يجوز قطعا لكن هذا كالمستغنى عنه باشتراط  
 المصلحة وهي متفية عن مثل هذا فلعل المراد الشراء حيث لا يكون حتماً أولاً يلزم العدول الى الغالي  
 أو تحمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا تبرع أجنبي بحفظ  
 مال الطفل لم يكن للاب أخذ الاجرة على اشكال ﴾ أقوى الوجوه ان له ذلك كما في الايضاح وهو  
 الاصح كما في جامع المقاصد لمكان مزيد الشفقة فلا تعد الاجرة ضرراً معها ولثبوت ولايته بالاصالة  
 ولم يرجح في نكاح التذكرة وفي (الحواشي) ان الاولى أن لا يأخذ وقضية كلامهم أن لا اشكال في عدم  
 جواز أخذ الوصي مع تبرع الاجنبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل ﴾ قد تقدم  
 في بابه أنه لا خلاف فيه منّا وانما المخالف بعض الشافية وانه قيده في المبسوط وغيره بما اذا لم يكن بيع  
 شيء من ماله أعود أو لم يمكن وان جماعة قالوا يجب أن يكون على يد ثقة يجوز ايداعه منه وقد أسبغنا  
 الكلام في المقام فليرجع اليه من أراد الوقوف عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له ﴾  
 قال في (التذكرة) للولي أن يتجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيباً  
 من الربح ويستحب له ذلك سواء كان الولي أباً أو جداً له أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم وبه قال علي  
 عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافاً الا ماروي عن الحسن البصري كراهية ذلك  
 لان خزنه أحفظ له وأبعد له من التلف ثم قال في مسألة أخرى ينبغي أن يتجر في المواضع الأمنة ولا  
 يدفعه الا لأمين ولا يغرر بماله (والحاصل) ان هذا الحكم أعني المضاربة بمال الطفل يأخذونه مسلماً كما  
 سنسمع كلامهم في ابضاعه وفيما اذا اتجر به مضاربة لنفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل للوصي أن يتجر  
 بنفسه مضاربة فيه اشكال ينشأ من أن له الدفع الى غيره فجاز لنفسه ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا  
 يستحق عليه الا بتمتد ولا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه ﴾ لا نجد في المسئلة اشكالا يعاب به بل  
 له أن يتجر كذلك كما جزم به في التذكرة وجامع المقاصد بل قد يظهر ذلك من كلام التذكرة السالف  
 فلا يكون فيه خلاف لانه أسند التصرف الى رأيه وهو يعم ما اذا اتجر بنفسه مضاربة وما اذا ضارب  
 غيره وبالجملة يعم كل تصرف مع المصلحة واذا جاز الثاني لكونه منوطاً بنظره فبالأولى أن يجوز اذا  
 كان في يده اثر به من مقتضى الوصية وكونه أدخل في الحفظ ومبنى الوجه من الاشكال على انه لا يجوز

ويجوز ابضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم وان يبنى له عقارا أو يشتريه ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجة ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة وخلطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل (متن)

أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه فان كان لان العقد يقتضي متعاقدين كما ذكره بعض العامة (فيه) أنه يكفي حصولها بالقوة وتغيرهما بالاعتبار وان كان لانه لا بد من الاذن في ذلك فقد عرفت أن اسناد التصرف اليه يتناول ذلك وفي (التحرير) الاقرب أنه لا تصح المضاربة وتكون له أجرة المثل وكأن ولده والشهيد مستشكلان أيضا حيث لم يتعرضا للمسئلة واكتفيا بما ذكره المصنف في وجوبي الاشكال

﴿ قوله ﴾ ويجوز ابضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم ﴿ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد مع المصلحة لان ذلك أنفع من المضاربة لانه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فذفعه الى من يدفع جميع ربحه الى اليتيم أولى سواء كان بأجرة أو متبرعا والبضاعة طائفة من مالك تبعها للتجارة ﴿ قوله ﴾ وأن يبنى له عقارا ويشتريه ﴿ أما الشراء فلانه مصلحة له لانه يحصل منه الفضل ولا يفتر الى كثير مؤنة وسلامته متيقنة والاصل باق مع الاستثناء والغرر فيه أقل من التجارة لما فيها من الاخطار وانحطاط الاسعار فان لم يكن في شرائه مصلحة اما لفضل الخراج وجور السلطان أو أشرف الموضع على البوار لم يجز (وأما) بناء عقار له واستجداد ما استهدم من الدور والمسكن فلأنه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المال اليه واذا أراد البناء على ما فيه الحظ لليتيم بناء بما هو أنفع وأبقى كالأجر والطين وان اقتضت المصلحة باللين فعل وبالجملة يبنى على ما هو المعتاد في البلاد ﴿ قوله ﴾ ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجة ﴿ كأن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه ولا تندفع حاجته الا بالبيع والجزئيات لا تنضب فالمدار على الحاجة مع المصلحة وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع دارا أو عقارا ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه وحيث يجوز البيع يجوز بالنقد والتسيئة وبالعرض واذا باع الاب أو الجد وذكر أنه للحاجة ورفع الامر الى الحاكم جاز له أن يسجل على البيع ولا يكافهما اثبات الحاجة والغبطة لانهما غير متهمين في حق ولدهما ولو باع الوصي أو أمين الحاكم لم يسجل الحاكم الا اذا قامت البينة على الحاجة والغبطة فاذا بلغ الصبي وادعى على الاب أو الجد بيع ماله من غير حاجة ومصلحة كان القول قولهما مع اليمين وعليه البينة لانه ادعى عليهما خلاف الظاهر اذ الظاهر من حالهما الشفقة وعدم البيع الا للحاجة ولو ادعى على الوصي أو الامين فالقول قوله في بيع العقار وعليهما البينة لانهما مدعيان وفي غير العقار الأولى ذلك أيضا لهذا الدليل والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه كما ذكر ذلك كله في التذكرة ويأتي قريبا ماله نفع في المقام عند قوله ويقبل قول الولي في الانفاق

﴿ قوله ﴾ ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة ﴿ كما في التذكرة والتحرير وقد تقدم ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ وخلطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل ﴿ لما نزل قوله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) تجنب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أموال اليتامى وأفردوها عنهم فأنزل الله سبحانه وتعالى (وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لاعتكم) أي ضيق عليكم وشدد فخالطوهم في ما كولههم

وجعله في المكتب بأجره او صنعه وقرض ماله اذا خشي تلفه من غرق او نهب وشبهه  
فياخذ عليه رهنا بحفظ قيمته ( متن )

ومشروهم وبهم وبالحكيم المذكورين صرح في التذكرة والتحرير ومعنى ينبغي أن يحسب عليه أقل  
انه يحسب أقل مما يحتاج اليه وليس بواجب لان الواجب هو أن لا يزيد عليه وينبغي للولي النظر في  
حال اليتيم فان كانت الحلاطة له أصلح وأرقق في المؤنة واللين في الحبز وغير ذلك جاز له بل كان أولى  
كما قال الله سبحانه وتعالى ( يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وان تخالطوهم فآخوانكم ) وان  
كان الافراد أرقق له وأصلح أفرده وسئل عثمان بن عيسى الصادق عليه السلام عن قول الله عز وجل  
( وان تخالطوهم فآخوانكم ) قال يعني اليتامى قال اذا كان الرجل على الايتام في حجره فليخرج من ماله  
على قدر ما يخرج لكل انسان منهم فيخالطوهم ويأكلون جميعا ولو تعدد اليتامى واختلفوا كبيرا وصغرا  
حسب على الكبير بقسطه وعلى الصغير بقسطه وقال أبو الصباح الكناي للصادق عليه السلام رأيت ان كان  
يتامى صغارا وكبارا وبعضهم أعلى من بعض وبعضهم أكل من بعض وماله جميعا فقال عليه السلام أما  
الكسوة فعلى كل انسان ثمن كسوته وأما الطعام فاجعله جميعا فان الصغير يوشك أن يأكل أكثر من الكبير  
ويجب على الولي الاتفاق بالمعروف ولا يجوز له التقتير عليه في العاية ولا الاسراف في النفقة بل يكون  
في ذلك مقتصدا ويجري الطل على عاداته وقواعد أمثاله من نظرائه فان كان من أهل الاحتشام أطعمه  
وكساء ما يليق بأمثاله وان كان من أهل الفاقة أفنق عليه نفقة أمثاله ﴿ قوله ﴾ ( وجعله في المكتب  
باجرة أو صنعة ) يجوز له أن يجعل الصبي في المكتب وعند معلم القرآن العزيز والآداب والحكمة وغيرها  
من العلوم ان كان من أهل ذلك وله ذكاء وفطنة ومنع منه سفيان وأنكر أحمد ذلك غاية الانكار وكذا  
يجوز له أن يسلمه الى معلم الصناعة اذا كانت تليق بحاله ولا تتلم من مجده اذا كان من أرباب البيوتات  
وليس له أن يسلمه الى معلم السباحة الا أن يكون تعليمه فيما لا يعمره ولا يخاف عليه الغرق فيه كما يص  
عليه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ( وقرض ماله اذا خشي تلفه من غرق او نهب وشبهه فياخذ عليه رهنا  
بحفظ قيمته ) كما في الشرائع وجامع الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك وجمع  
البرهان وغيرها وزيد في جامع الشرائع والمسالك الاشهاد ( قلت ) يتجه ذلك اذا قلنا ان أداء الدين  
من الوكيل به غير اشهاد تفرط فيلزم القول هنا بوجوب الاشهاد حذرا من التفريط واحتياط في الكفاية  
مع ذلك بالاقرض من ثقة مع الامكان وفي ( التذكرة ) انه لو تمكن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن  
وفي ( الشرائع واللمعة والروضة والمسالك ) كما يأتي في الكتاب انه لو تعذر الرهن في موضع الخوف  
والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة وفي بعضها من ثقة غالبا وفي ( اللمعة ) من الثقة العدل وقضية كلامهم  
انه اذا تعذر الثقة لا يجوز الاقراض ولعل الاقراض أولى لانه مرجو الحصول في الدنيا والآخرة بخلاف  
التلف من الله عز وجل الا أن تقول انه سبحانه وتعالى يثبت العوض عليه جلته عظيما فيرجح لكونه  
أكثر فليحفظ هذا وفي ( جامع المقاصد ) لا يعد وجوب الاقراض اذا ظهرت أمارات حصول التلف واقتصر  
في المبسوط على اقرضه من ثقة ملي وفي ( الارتداد ) على الثقة من دون ذكر رهن فيما وقال المقدس الاردبيلي  
اذا تعذر الرهن اكتفى بالملائة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودها يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم  
الملى ( قلت ) الظاهر ممن يستقرض من أجل حظ اليتيم كما هو المفروض أن لا يبذل رهنا فاستراطه مفوت

فإن تمذر أقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفاً من الطريق وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه او تعييه كتسويس التمرد وعفن الخنطة ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه فإن تمكن من اخذ الرهن وجب والا فلا وليس للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك (متن)

لهذا وقضية كلامهم جميعاً أنه لا يجوز الاقراض مع الأمن كما صرح به المصنف هذا وما رادهم بقوله (١) الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال يريدون أنهم يكتفون بظواهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتمذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظراً الى أن الظاهر يتحقق بكون العالب على حاله كونه ثقة لان المراد كونه في أغلب أحواله ثقة والجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللمعة تأكيداً وتفسيراً للثقة بالعدل لان ذلك هو المعتبر شرعاً اذ لا يشترط الضبط مع احتمال الاكفاء بالثقة العرفية فانها أعم من الشرعية ولو لم يكن للثيم حظ وإنما قصد ارفاق المقترض لم يجز اقراضه كما لم يجز هبته كما صرح بذلك في التذكرة وفيها وفي المسالك وما يأتي من الكتاب ان من الخوف على مال الثيم ما اذا خاف على حنطته من السوس وفي (جامع المقاصد) أنه كما يجوز ذلك للوصي يجوز للحاكم مع عدمه وكذا يجوز لمدول المؤمنين مع عدمها ولا ضمان في موضع الجواز وتام الكلام تقدم في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تمذر اقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن ﴾ قد تقدم الكلام في هذين الحكمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفاً من الطريق ﴾ اذا كان للصبي مال في بلد فأراد الولي نقله عن ذلك البلد الى آخر كان له اقراضه من ثقة ملي ويقصد بذلك حفظه من الغزو والسراق وقطاع الطريق وغير ذلك والفرق بين هذه والتي قبلها ان الاقراض هناك من غير نقل مع ظهور علامات الخوف والاقراض هنا للنقل لان الطريق مظنة السارق وغيره مع ظهور علامات الأمن اذ لا يجوز نقله مع امارات الخوف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه ﴾ أي يقرضه من الثقة الملية ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو تعييه كتسويس التمرد وعفن الخنطة ﴾ هذا بالنصب عطف على تله أي يقرضه من الثقة الملية ان خاف تعييه وان لم يخف تلفه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه ﴾ لان سفر الولي يعرض المال للضياع فيحوز اقراضه ولا يجوز له نقله لان الطريق مظنة العطب الا مع الحاجة وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف والفرص أولى من الايداع لان الوديعة لا تضمن ولو لم يوجد المقترض الثقة الملية أودعه من ثقة أمين ذي يسار لانه أولى من السفر به ولو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الثقة الملية البازل للرهن فاحتمال الضمان قوي جداً لو تلف ومع عدم بذل الرهن فلا ضمان وقد يكون الايداع أنفع من الاقراض ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تمكن من أخذ الرهن وحب والا فلا ﴾ أي ان تمكن من أخذ الرهن في جميع ماسلف وجب أخذه وبدونه يكون مفراطاً والا يتمكن سقط وليس الكفيل كالرهن اذ لا يزيد على المرتهن الثقة الملية وقد سمعت كلام التذكرة فيما اذا تمكن من الرهن ورضي بالكفيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك ﴾ أما (الاول) فلأن ذلك مما جرت العادة بمثله فلا

ويقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي او ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان ابا أو غيره على اشكال وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر (المقصد الثاني في المجنون والسفيه) أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات اجمع المالية وغيرها وأمره الى الاب والجد له وان علا فأن فقدا فالوصي فأن فقد فالحاكم وللولي التصرف في ماله بالنبذة (متن)

يعد مقصرا وقد تقدم الكلام في ذلك وفي (نكاح التذكرة) يجوز للاب أن ينصب عن ولده فيما لحفظ ماله واستنائه وحراسته بأجرة المثل (وأما الثاني) فلانه قائم مقام الاب فيجوز له ما يجوز له ولما قلنا من جريان العادة بالاستنابة في مثله وهو الاصح كما في جامع المقاصد والاقوى كما في الايضاح ويحتمل عدمه لاصالة عدمه ﴿ قوله ﴾ ويقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان ابا أو غيره على اشكال ﴿ اذا ادعى الاب أو الجد أو الوصي الاتفاق بالمعروف على الصبي أو على عقاره أو ماله أو دوابه ان كان ذا دواب كان القول قوله كما في وكالة الشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي (الايضاح) انه لاشك في ذلك لمسراقامة البينة في كل وقت على الاتفاق وعسر ضبطه ولا في ان القول قوله في التلف من غير تفريط للاصل ولانه أقوى من الودعي ومنه ما اذا ادعى ان ظلما قهره عليه وأخذه وأما اذا ادعى الاب أو الجد القرض او البيع للمصلحة فالقول قولهما اذ الظاهر منهما الشفقة وعدم البيع الا للحاجة والمصلحة وفي (الايضاح) انه لاشك في ذلك أيضا وظاهر حواشي الكتاب وجامع المقاصد انه لا اشكال فيه وظاهرهم يشمل ما اذا كان المبيع عقارا وهو كذلك كما تقدم وأما الوصي وأمين الحاكم ففي (التذكرة) انه لا يقبل قولهما في بيع العقار الا مع البينة وفي غير العقار ان الاولى ذلك وقد استشكل هنا لصحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف ولانه موضوع لفعل ما يعتد انه مصلحة فيرجع اليه فيه ولا يكلف اقامة البينة عليه ولان دعواه صلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الاصل والقول قوله فيه ومن اصالة بقاء الملك على مالكة الى أن يثبت الناقل واصالة عدم الحاجة الى البيع وعدم خفاء المصالح والاول أقوى كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو الظاهر من حواشي الكتاب وقد قالوا في باب الوكالة انه لا يقبل قول الاب والجد له والوصي والحاكم وأمينه في تسليم المال لو أنكر الصبي بعد رشده تسليم المال اليه وكذلك الوصي صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا الكفاية وتام الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر ﴿ الوجه انه لا يصح كما في التذكرة والاصح كما في جامع المقاصد وقد تقدم الكلام فيه عند قوله وفي صحة العقد حينئذ اشكال ﴿ الفصل الثاني في المجنون والسفيه ﴾ ﴿ قوله ﴾ (أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات اجمع المالية وغيرها) قال في (التذكرة) لاختلاف بين علمائنا كافة في الحجر على المجنون مادام مجنونا وانه لا ينفذ شي من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك والحديث المشهور يدل عليه ﴿ قوله ﴾ وأمره الى الاب والجد له وان علا فان فقدا فالوصي فان فقد فالحاكم ﴿ قد تقدم فيه الكلام مستوفى أكمل استيفاء ﴾ ﴿ قوله ﴾ وللولي التصرف في

وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي وله ان يزوجه مع الحاجة لا بدونها وأما السفية فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء (متن)

ماله بالغبطة ﴿ هذا مما لاشك فيه ﴾ قوله ﴿ وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه ﴾ قد تقدم الكلام فيه أيضا عند الكلام على طلاق الصبي ﴿ قوله ﴾ (والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي) وقد تقدم منه في الصبي ان في صحه بيعه نظرا والفرق ان المجنون كغير المميز فلا أثر لعبارة ولا قصد ﴿ قوله ﴾ (وله أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها) الذي اعتراه الجنون اما ذكر أو أنفي وكل منهما اما صغير أو كبير فالجنون الكبير لا يزوج الا أن تدعوا الحاجة اليه لما فيه من لزوم المهر والنفقة عليه وتظهر الحاجة اذا ظن شفاؤه بالنكاح أو رغب في النساء وتعلق بهن وطلب منهن أو احتاج الى امرأة نخدمه وكانت موثتها أخف من شذاء أمة فقتل الزوجة أولا لثلا ترجع عن الوعد فان ذلك ليس واجبا عليها ويكون القابل الاب أو الجد أو السلطان على ما مر في بيان حال الولاية عليه ولا يزوج الا واحدة اذا اندفعت الحاجة بها وان كان صغيرا جاز للاب والجدان يزوجه مع المصلحة كما في التذكرة وقضية اطلاق عبارة الكتاب انه لا بد من الحاجة وليس لغيرهما ذلك حتى السلطان اجماعا كما في نكاح التذكرة (وأما المجنونة) فلا يزوجه الا الاب أو الجد له ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة بكرا أو ثيبا عندنا كما في نكاح التذكرة هذا اذا اتصل وأما اذا انفرد فقد تقدم الاجماع من التذكرة أيضا ان الولاية للحاكم ولا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة بل يكفي ظهور المصلحة بخلاف المجنون لأنها تستفيد من النكاح النفقة والمهر والمجنون يغرمها ولو دعت الحاجة الى تزويجها فأولى بالجواز بل ربما وجب ولم يكن لها أب ولا جد فان كانت صغيرة فأكثر علمائنا كما في (التذكرة) على أنها لا تزوج لانه لا حاجة لها في الحال وغير الاب والجد لا يملك الاجبار وان كانت بالغة زوجها الحاكم والمجنون المنتقع جنونه لا يجوز تزويجه الا أن يفيق فيأذن ويشترط وقوع العقد حال الافاقة ﴿ قوله ﴾ (وأما السفية فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء) هذا التعريف قد طفحت به عباراتهم بهذا اللفظ ونحوه كقولهم الذي يصرف امواله في غير الاغراض الصحيحة وقولهم المبدل لاملاله في غير الاغراض الصحيحة وغير ذلك والسفية يقابل الرشيد ولما عرف المصنف الرشيد بأنه كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء كما تقدم الكلام فيه مسبقا مشبعا كان السفه عبارة عن الملكة التي يترتب عليها اضرار تلك الامور فلا يقدر الغلط في بعض الاحيان والانخداع نادرا لان ذلك لا ينافي الملكة وصرف المال في المحرمات وتضييعه مثل القائه في البحر سفه باجماع الأمة كما يفهم من التذكرة وكذا صرفه في الأظعمة والأشربة والأكسية الغير اللائقة بحاله بحيث يعاب عليه ذلك عرفا وغالبا قال في (التذكرة) الفاسق اذا كان يفتق امواله في المعاصي ويتوصل بها الى الفساد فهو غير رشيد ولا تدفع اليه امواله اجماعا وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة دفع اليه ماله أي عند من لم يشترط العدالة والظاهر أن مراده بهذا الاجماع اجماع الامة كما يعرف ذلك من تتبع كلامه والظاهر عدم اختصاصه بالابتداء فان الرشيد شرط دائما ويرشد اليه قوله في موضع آخر منها ونحن لما ذهبنا الى أن الفسق لا يوجب الحجر

ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين او العين والعتق والنكاح فان عقد لم يمض ( متن )

وانه لا يشترط في الرشد العدالة لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق ما لم ينضم اليه تضييع المال في المحارم وغيرها وهذا لا يمكن تخصيصه بالابتداء كما هو ظاهر غيره أيضا وقال في ( التذكرة ) أيضا لو طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال ولا تبذيره فانه لا يحجر عليه اجماعا وقضيته أن الذي يتضمن ذلك يوجب التحجير عليه من غير تخصيص بالابتداء وفي ( التحرير ) ان استلزم فسقه التبذير كشراء الحجر وآلات اللهو والنفقة على الفاسق لا يسلم اليه شيء لتبذيره ولعله أراد النفقة على الفاسق فيما فسق فيه والا فهو مشكل جدا ( وكيف كان ) يرد الاشكال العظيم الذي أورده المقدس الاردبيلي قال انه قلما يخلوا عن ذلك الانسان فانهم يشتركون مالا يجوز ويستعملون الربا ويعطون الاموال للمغني والملاعب بالمحرم والى من يأخذ من الناس الاموال قهرا خصوصا الحكام والظلمة فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم ومناكحتهم وأخذ عطاياهم وزكوتهم وخمسهم فانهم سفهاء باجماع الامة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا وأطلقوا معاملاتهم ومناكحتهم وقبول جوائزهم وقالوا بكرامتها بل يمكن أن يقال أن صرفه في العنب بأن يعمل خمرا وفي الخشب بأن يعمل صنما ونحو ذلك صرف في المحرم فيكون فاعله « فيها لا تجوز معاملته ومناكحته مع أنهم جوزوا ذلك وقالوا بكرامتها ولا شك أن صرفه ولو كان قليلا من الاطعام للربا والسمة وغير ذلك من الاغراض الغير الصحيحة شرعا حرام فيكون موجبا للسفه ومن الذي يخلو عنه من أر باب الاموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكوة والخمس منهم فتأمل وبالجملة التمهز عنه متعسر جدا فانه لو لم يعامل السفه فانه يعامل من يعامله وبصعب ذلك أيضا أنهم قالوا ان الرشد شرط فلا بد من تحققه ليعمل بالمسروط فن جاء الى سوق ككف بعرف ذلك بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالاجماع فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ويتركون الاصل فان ظاهر حال الانسان انه لم يفعل حراما ولا يصرف ماله فيه ولعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكحة ولهذا ما نقل الامتناع والتفحص عنهم عليهم السلام ولا عن أحد من العلماء المتدينين ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنص والاجماع ( قلت ) هذا لا يجدي فيمن يعلم صرفهم المال في المحرمات كالظلمة والحكام وصانم الحجر وعامل الصنم فكيف يصح البناء على الظاهر من حال المسلم مع العلم بخلافه ولعلمهم يخصصون السفه بما اذا لم يكن له غرض صحيح في نظر اهل الدنيا كما اشار هو اليه وتقدم منا التنبيه عليه في حال الصرف للربا وهذا ايضا لا يجدي بعد اجماعهم على ان صرفه في المعاصي تبذير ولا جواب الا بان يقال ان السفه التي تحرم معاملته ومناكحته هو من حجر عليه الحاكم لا غير كما سيتضح لديك

﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين أو العين والعتق والنكاح فان عقد لم يمض ﴾ يمنع السفه بعد ثبوت الحجر عليه بمجرد ظهور سفهه أو بشرط حكم الحاكم به على الخلاف الآتي من التصرفات المالية ما ذكره وغيره ولا فرق بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والانثى وان عقد لم يمض الامع اجازة الولي على القول بالفضولي وذلك كله قضية اطلاق كلام جماعة وبه صرح آخرون وفي ( مجمع البرهان ) ان وحده منعه من التصرفات المالية لنفسه من دون الولي مطلقا مع اصابة المصلحة والربح أم لا الاجماع

ظاهرا وقد تعرض لعدم الفرق بين الذكر والاتي المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو كذلك بل الاتي أشد اذهي الى نقصان العقل والانخداع أقرب ومن ثم ذهب بعض العامة الى بقاء الحجر عليها وان بلغت رشيدة ولا يفرق في ذلك بين النكاح وغيره لأن الزوجة تجمل البضع في مقابلة الصداق فهو تصرف مالي من طرفها اذ البضع ملحق بالأشياء المتقومة ولهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح بل الولي لا يصح منه ذلك والحال في الزوج ظاهر لأنه يراد منه الصداق والنفقة لكن قال في نكاح الكتاب أن السفية اذا كان به ضرورة الى النكاح وتمذر الحاكم والولي فانه يجوز أن يتزوج واحدة لا أزيد بمهر المثل وفي (نكاح التذكرة) أنه لو نكح السفية بغير اذن الولي مع حاجته اليه وطلبه من الولي فلم يزوجه قال الشيخ رحمه الله تعالى الاقوى الصحة لأن الحق تعين له فاذا تعذر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فمنعه وتعذر عليه أن يصل اليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضی المديون وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعية أن النكاح يبطل ولا حد ولا مهر وعن بعض أن لها مهر المثل وعن بعض ان لها اقل ما يتمول رعاية لحق السفية ووفاء لحق العقد اذبه يتميز عن السفاح ولم يرجح شيئا ولعل الاقوى ما قاله الشيخ قدس سره وتام الكلام في البيع والاقرار يأتي عند تعرض المصنف لذلك وقد اسبغنا الكلام في نفوذ وصيته في باب الوصايا وقلنا أن الاقوى عدم النفوذ وهل يتوقف على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه اختلف الاصحاب في المسئلة على اقوال ولا بد من تحرير محل النزاع لانه قد استنبه على بعض الاخبار بين فتكلم على الفضلاء والمحققين بما لا يليق ومحل النزاع انما هو ما اذا حدث السفه بعد بلوغه رشيدا والا فلو كان متصلا بالصغر فانه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه ولا يتوقف على حكم الحاكم وكذا حجر الصبي يزول عنه ببلوغه رشيدا ولا يحتاج الى حكم الحاكم وما الصبي الا كالمجنون فانه يحجر عليه بجنونه ويزول عنه بمجرد الافاقة وقد استظهر نفي النزاع في المقامين في موضعين من مجمع البرهان واستظهر الاجماع على ذلك من الشهيد في أحد المقامين وظاهر التذكرة ان زوال الحجر عنه ببلوغه رشيدا من دون حكم الحاكم ضروري قال لانه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولكن عندهم من اهم الاشياء وفي (المبسوط والتحرير) جعل النزاع في غير الصبي قال في (المبسوط) واما حجر الصبي فانه يزول ببلوغه ولا يحتاج الى حكم حاكم وفي الناس من قال لا بد فيه من حكم الحاكم وهو خلاف الاجماع انتهى وقال في (التذكرة) اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه ابا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو امين حاكم فان علم رشده انفك الحجر ودفع المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر ام يفترق الى حكم الحاكم الاقرب الاول فلم يسأل عن الاول لانه محل وفاق عند الامة وسئل عن الثاني لمكان الخلاف الضعيف من بعض الشافعية كما تقدم منا التنبيه على ذلك نعم يظهر من نكاح التذكرة ان النزاع عام فليحظر (اذا تمهدنا) فاعلم ان ما اختاره المصنف هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة ومجمع البرهان وكذا شرح الارشاد لفخر الاسلام وكأنه ظاهر الغنية وكأنه مال اليه في غاية المراد وحكى المقدس الاردبيلي عن المحقق الثاني انه المشهور (قلت) قد صرح بذلك في تعليق الارشاد قال المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه انتهى وهذا القول ذكره في المبسوط ولم يشر الى خلاف منا ولا من العامة والحاصل ان الاقوال الاخر حادثة وبعضها لا يعرف



قائله والذی جرى التأخرین علی مخالفة ضعف ما ذکر فی دلیله کقولهم ان المسئلة اجتهادية لوقوع الاختلاف فی بعض ما یدفعه سفنها لان هذا جوابه أن الکلام انما هو حیث تقطع بالامرین وقولهم لمخالفة قول کل منهما الاصل فیتنصر علی المتیقن لانه یجاب عن هذا ایضا بان الاصل یقطعه الدلیل وهو ظاهر قوله تبارک وتعالی فان آنسّم منهم رشدا فادفعوا الیهم أموالهم حیث علق الامر بالدفع علی ایناس الرشد فلو توقف معه علی امر آخر لم یکن الشرط صحیحا ومفهوم الشرط حجة والمفهوم هنا أن مع عدم الایناس لا یدفع الیهم فدل علی ان وجود السفه وزواله کافیان فی اثبات الحجر ورفعہ لان السفه والرشد متقابلان ولظاهر قوله تعالی فان کان الذی علیہ الحق سفیها اثبت علیہ الولاية بمجرد السفه من غیر اشعار بذکر حاکم ولا ابتداء حال لان معناه علی ما ذکره المفسرون من العامة والخاصة سفیها محجورا علیہ لتبذیره وجهله فی التصرف أو ضعيفا أي صبیا أو شیخا مختلا أولا یستطیع أن یمل هو بنفسه لحرس أو جعل بالغة فلیمل ولیه الذی یملی أمره فتوقفها علی أمر خارج یحتاج الی دلیل وأنت خیر بان مورد الآیة الاوّلی انما هو الحجر علی الصبی ابتداء وایناس الرشد شرط فی زوال الحجر عن الصبی ابتداء وهو غیر محل النزاع فلا یلزم کونه شرطا فی السفه بعد زوال الحجر عنه (وأما) الآیة فقد قیل أن المراد بالسفیه فیها الجاهل بالأملاء وقیل الطفل وقیل الاحق قال فی (مجمع البرهان) (البیان خ ل) ویحتمل کونه فی الابتداء والمحجور علیہ بحکم الحاکم ولهذا قال فی الکشاف المحجور علیہ فمع هذه الاقوال لا تنهض دلیلا وما الاستدلال بهذه الآیة الشریفة الا کلا استدلال بأن العلة السفه لان تعلیق الحکم علی المشتق فید العلیة لمکان تبادرها ووجود العلة یمتازم وجود المعلول وبأنه أن جاز التصرف مع عدم حکم الحاکم لم یکن الرشد شرطا وهو باطل بالآیة وان لم یجز فالمطلوب وبأن اشتراط جواز التصرف بالرشد یقضي بأن زوال الشرط یمتازم زوال المشروط ویدفع ذلك کله ان مبدأ الخلاف لم یعرف صریحا الا من الشہید فی اللمعة فی الثبوت والا فقد وافق علی توقف الزوال علی حکم الحاکم وهي آخر ما ضعف مضافا الی دعوی المحقق الثاني ان هذا القول هو المشهور وهذان یعضدان الاصل وادلة تسلط الناس علی أموالهم عقلا وبقلا وادلة صحة التصرفات الشاملة لتصرفاته التي فعلها فی زمن سفهه قبل التحجیر وصدقها علیها وأنه لو کان مجرد السفه حجرا لعمت البلوی والبلیة اذا کثر الناس سفهاء كما قد منا بیانه وخصوصا اذا اعتبرنا العدالة فی الرشد وخصوصا ما اذا اعتبرنا ما اعتبره جماعة من اصلاح المال والا کتساب وتحصیل المدوم وفي بعض هذا بلاغ ولیس لکم دلیل من کتاب وسنة دال صریحا الا علی استصحاب السفه الی أن یرشد واما الحادث بمده فلا کیف یوجد دلیل علی ما قضت الضرورة بخلافه والا لم تکن التسریعة سهلة سمحاء (والحاصل) انه لا جواب ولا مناص عما أورده المقدس الاردییلی آنفا الا بهذا القول فلا مناص عنه ولو تنبه المتأخرون المخالفون أو المترددون لهذا الخطب العظیم ما عدلوا عن هذا القول ولا تأملوا فیہ علی انا نجیب عما ذکر من الادلة اذ مرجع الشرطیة والعلیة الی ان منصوص العلة حجة واقصاه الظهور والظاهر یعدل عنه لهذه الادلة (وعساک تقول) أن عبارات الاصحاب فی اکثر الابواب کالیع والاجارة والوقف والوصیة والهبة وغيرها مشحونة باشتراط الرشد کاشتراط البلوغ والعقل وبعده حملها علی ان السفه مانع مع حکم الحاکم أو السفه والرشد ابتداء لانهم یطلقون ویفرون علیہ الفروع الکثیرة بحیث يفهم عدم النزاع فی ذلك (قلت) هذه مسئلة اصولیة وهو أن مثل هذه الاطلاقات التي لیست مسوقة لیان الحکم

فان اشترى بمد الحجر فهو باطل ويسترد البائع سلته ان وجدها والا فهي ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره (متن)

لا يصح الاستدلال بها كما هو الشأن في اطلاقات الرهن مع عدم التعرض فيها لقبض مع أنه شرط فيه على المعروف عند اكثرهم (والحاصل) أن هذا حكم مخالف للعقل والنقل كتابا وسنة واجماعا فيقتصر فيه على محل اليقين والرفاق وهو في الابتداء وتسليم المال أو حكم الحاكم ولا يخرج عن ذلك الا بأدلة قاهرة وبما ذكرنا ظهرت أدلة القول الثاني وهو ثبوته بظهور السفه وانتفاؤه بانتفائه حيث يقطع بالامر من وهو خيرة جامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض بلفظ الاصح في الاول والاقوى في الروضة والمسالك والاقرب في الكفاية وغيرها ومفهوم ذلك أن الاول صحيح وقوي وقريب فلم يقدموا على المخالفة كما ترى وفي (تعليق الارشاد) أنه قوي والقول الثالث ما اختاره في اللمعة من ثبوته بمجرد السفه وتوقف زواله على حكم الحاكم ووجهه يعرف مما مر من أن المقتضي للحجر هو السفه في الاول فيجب تحققه بتحقيقه ولان زوال السفه ينتقل الى الاجتهاد وقيام الامارات لانه أمر خفي فينبط بنظر الحاكم في الثاني (وفيه) انا اذا قطعنا بزواله زال الحجر وقد يسر اعلام الحاكم فيلزم الضرر بالمنع من تصرفه في ماله مع عدم السفه فتأمل والقول الرابع هو ما اعترف جماعة بعدم معرفة قائله وهو توقف ثبوته على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه وقال في (جامع المقاصد) أنه يظهر من كلام الشهيد في غاية المراد ولم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه ووجهه ان حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر اذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج الى علة وان علة البقاء علة الحدوث ولعله أظهر مما في اللمعة ومنه يعرف حال ما في الارشاد كما ستسرع وجزم في التحرير بتوقفه على حكم الحاكم وتوقف في زواله وعكس في الارشاد فتوقف في ثبوته على حكم الحاكم وجزم في زواله من دونه ولم يرجح فخر الاسلام في الايضاح والشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال فيمن يتولى ماله فيما تقدم بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اشترى بمد الحجر فهو باطل ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا وهو وان لم يصرح به في المبسوط لكنه قضية كلامه في فروع المسئلة وفي (مجمع البرهان) لاشك في بطلان البيع عالما كان أو جاهلا قال بل يمكن تحريم أصل المعاملة بمجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه (قلت) من صحح الفضولي بالاجازة صححه باجازة الولي فالبطلان ليس على حقيقته وليس بأسوأ من بيع الغاصب فتأمل ويأتي كلام الشيخ وابن البراج حيث منعا من جواز بيع السفية باذن الولي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويسترد البائع سلته ان وجدها ﴾ هذا مما اتفقت عليه عبارات من تعرض له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فهي ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الشرائع والارشاد لانهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن اطلاقهما يشمل في (الكفاية) انه أشهر ووجهه أن تسليطه للغير على اتلاف ماله قبل اختبار حاله وعلمه بأن العرض المبذول منه ثابت أو لاتضييع ماله ولا فرق بين بقاء حجره وفككه لعدم لزوم في وقت الاتلاف فلا يلزم بمد الفك قول المصنف وغيره وان فك حجره وصلى وحكى في التذكرة بعد ذلك عن بعض الشافعية انه اذا أتلفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه وقال لا بأس به وخص في اللمعة ضياعها وعدم

وكذا لو اقترض وأتلف المال لو أذن له صحح ان عين والا فلفنو وكذا لو باع فأجاز الولي ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غضب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن ( متن )

ضمانها بالعامل العالم ونص في الروضة على انه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا لعدم تقصيره وتأمل في مجمع البرهان مع الجهل خصوصا اذا لم يكن مقصرا في التفحص ثم تأمل في صورة العلم أيضا لانه صار سفيا أيضا ثم استظهر عدم الضمان ثم قال الذي يخرج في صدري ضمانه مع علمه أي السفية بعدم صحة هذا العقد وعدم صحة التسلط الا أن يكون المسلم اليه عالما وقبضه اياه فتأمل ( قلت ) هو جيد كما سنسمع وقضية كلام الكتاب والشرائع انه ان كان قبضه بغير اذن المالك رجع به كما هو صريح المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك واستحسنه في الروضة لانه يلحق بغيره من القبض عدوانا وقد جمعه في الروضة قولاً ثالثاً مقابلاً للقولين الاولين وليس كذلك بل لم يخالف فيه أحد منا ولا من العامة وفي ( مجمع البرهان ) ان الظاهر عدم الضمان سواء كان قبضه اياه أو قبضه بنفسه لانه بالعقد المالك والمسلط على تملكه ضيعه المالك هو بنفسه ( وفيه ) انه لا يفريط من المالك وانما صدر منه مجرد العقد الفاسد الذي لا يترتب عليه حكم هنا والصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو اقترض وأتلف المال ﴾ كما نص عليه في المبسوط وغيره لان الاقراض تسليط على الاتلاف وكذا كل ما يتضمن التسليط على الاتلاف وحكم الصبي والمجنون حكم السفية في وجوب الضمان عليهما اذا أتلفا مال غيرهما بغير اذنه أو غضباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالتبليغ والقرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أذن له صحح ان عين والا فلفنو ﴾ أي اذا أذن له الولي في التصرف صحح ان عين نوعا منه وقدر العوض كأن قال له بع الشيء الفلاني بكذا أو انكح فلانة بكذا أما صحة اذنه في النكاح فيما لا خلاف فيها كما يظهر من نكاح التذكرة ولعله كذلك لان الشيخ والقاضي موافقان فيه وأما في البيع فهو خيرة الشرائع وحجر التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلامه في التحرير والارشاد لانه صحح فيهما اجازته لما باعه وكذا مجمع البرهان والوجه في ذلك ان المانع ليس الا خوف المحذور من اتلاف المال وهو مندفع بالتعيين ومعلوم أن اعتبار اذن الولي مشروط بالمصاحبة كتصرفه بل أولى والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي وحكاه في المسالك عن جماعة ولم نجد غير هذين وكأنه في نكاح التذكرة مال اليه ووجهه أن البيع يختلف حكمه ساعة فساعة لان السوق قد يزيد وقد ينقص بدخول الجلب وانقطاعه فانقر الى عقد الولي لاحتياطه في ذلك بخلاف النكاح ولا المقصود من البيع المال وهو محجور عليه وليس المقصود من النكاح المال فاقترقا وهو كما ترى وأما انه اذا أطلق كان لغوا لانه لو صحح فأتلف من الحجر عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو باع فأجاز الولي ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لما عرفت من انه بالغ عاقل وخوف الاتلاف متف هنا كما أن محذور اختلاف السوق أيضا متف ولعله لهذا ترك التصريح بالاذن في التحرير والارشاد وصرح بالاجازة فيهما فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غضب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن ﴾ مفهوم قوله قبل الحجر ان ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه بالاتلاف وهو الذي فهمه منه في المسالك فهنا حكمان ( الاول ) انه لو أتلف السفية بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن اذ لا تسليط على الاتلاف هنا من

المالك ولا تعريض للاتلاف لكونه حينئذ غير محجور عليه فيضمن لان اتلاف مال الغير سبب في الضمان وكأنه مما لاخلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما ستسمع (الثاني) اذا أتلف مأودعه بعد الحجر لا يضمنه كما هو خيرة الشرائع والارشاد لان المودع فرط باعطائه وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه ( ولا توتوا السفهاء أموالكم ) فيكون بمنزلة من أتى ماله في البحر واختير في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان انه يضمن لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما أمره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار المالك كما لو غضب والحال ان السفينة بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير ومن الامور المستبعدة تضيئه بالغضب وعدم تضيئه بالاتلاف للوديعة مع كونه أبلغ وأخش مع ان وضع يده حال الاتلاف غضب وتسليم مالكة اياه لا يستلزم عدم الضمان لان له أهلية الحفظ والضمان لانه مكاف الا أنه تسامح في ماله وذلك غير قادح في أهليته فلا يستلزم كون المالك هو المضيع ولهذا يجوز توكيله ولم يرجح الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والشهيد في اللمعة (قلت) قد يستشهد للقول الاول بالخبر ومضمونه ان اسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلا فنهاه أبوه عليه السلام عن ذلك لان ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف واستبعضه فاستهلك ماله فحجج أبو عبد الله عليه السلام وحجج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجري واخلف علي فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يا بني فلا والله مالك على الله حجة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فآتمته الى أن قال فان الله عز وجل في كتابه قال ( ولا توتوا السفهاء أموالكم ) فأبي سفينة أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانه فمن آتمته على أمانته فاسهلها لم يكن للذي آتمته على الله عز وجل أن يؤجره فان مضمونه يعطي انه غير مستحق لشيء بالكلية عقوبة ومواخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى ولو كان المال مضمونا والحق ثابتا في ذمة السفينة كسائر الحقوق والديون لم يكن للمنع من الدعاء بالاجر واخلف وجه لانه له أن يتوصل الى حقه بكل وجه من الوجوه ومنها الدعاء مع عدم الحيلة في الوصول بغيره من الامور (والحاصل) انه لو كان حقا شرعيا في ذمة من دفعه اليه لاستحق العوض من الله سبحانه او كان له ان يدعو عقلا وقتلا كسائر الحقوق التي تفوت على اصحابها فتأمل (وقولكم) من الامور المستبعدة الى آخره (فيه) ان الفرق واضح لانه في الوديعة سلمه المالك وسلطه عليه مع علمه بحاله ولا كذلك الحال في الغصب وقد صرح كثير بأن العارية كالإيداع وزيد في اللمعة الاجارة واما ضمان ماغصبه بعد الحجر فكأنه مما لاخلاف فيه ومراده بالاطلاق في قوله او أتلف مال غيره مطلقا ضمن ما كان قبل الحجر او بعده سواء جعل باختيار صاحبه في يده او بدون اختياره وهذا يقضي انه لو أتلف الوديعة بعد الحجر يضمن فبقي المفهوم في قوله قبل الحجر مقصورا على ما اذا فرط في الحفظ فتكون فتوى الكتاب انه يضمن بالاتلاف لا بالتفريط ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتفريط فانه اتلاف ولا يكاد يتم للاطلاق ووجه يلتزم به مع اول كلامه ويبقى الكلام في المجنون والصبي في (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) وغيرها انهما كالسفيه يجب عليهما الضمان اذا أتلفا مال غيرها بغير اذنه أو غضباه قتل في ايديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في ايديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض وقد نبه على ذلك في المبسوط ونبه عليه في باب البيع من نهاية الاحكام والتذكرة ايضا انه مما لاخلاف بين المسالمين حيث لم يحك فيه عن العامة خلافا وانما حكاه في ايداعها وعاريتها لكن هذا يخالف تعريفهم الحكم بأنه خطاب الله

ولو أقر بدين لم ينفذ اقراره سواء أسنده الى ما قبل الحجر أولا وكذا لو أقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا ويصح طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وخله ولا يسلم مال الخلع اليه واقراره بالنسب وينفق على من استلحقته من بيت المال (متن)

المتعلق بأفعال المكافين بالاعتضاء والتخيير والوضع فليأمل واما الوديعة والغارية اذا دفعها صاحبها اليها باختياره فقلنا بتفر يطعها او اتلفاها فالأقرب انه لا ضمان عليهما وفي (التذكرة والتحرير) ان تلفنا فلا مان عليهما وان اتلفاها فالأقرب انه كذلك ولم يفرق في تلفها بين التفريط وعدمه والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف وفي (جامع المقاصد) ان ضمان الصبي المميز اذا باشر الاتلاف قروي وكذا اذا فرط لان التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف اما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات وفرق في المسالك بين التلف والاتلاف وان الاجود الضمان في الثاني دون الاول وعلل عدم الضمان في الاول بأن الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكافين فلا يتعلق بالصبي والمجنون ووجوب الضمان في الثاني بأن اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب في الضمان والاسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف (قلت) لكن لا يتأهيه التعريف كما عرفت ولم نقف على دليل يدل عليه الا قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف وتمام الكلام في الوديعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقر بدين لم ينفذ اقراره سواء أسنده الى ما قبل الحجر أولا وكذا لو أقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا ﴾ لانا لو قبلنا اقراره في ما له لزال معنى الحجر لانه يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ اقراره كاقرار الزاهن في الرهن وهل يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه الوجه لالان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما يثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفسد الا تأخر الضرر عليه الى أكمل حالته بخلاف المحجور عليه لفسان المانع تعلق حق الغرماء به فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مستلثنا اتفنى الحكم لا تنفاه سببه اذ لا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية وهذا حكم تكليفنا في الظاهر اما حكمه فيما بينه وبين الله عز وجل فان علم لزوم ذلك له قبل الحجر عليه وجب عليه أدائه بعد فك الحجر عنه كما لو لم يقر به لكنه لا يجب عليه الاداء فيما أتلفه بعد الحجر بدفع صاحب المال اليه وتسليطه عليه بالبيع وشبهه ولو ادعى عليه شخص بدين لزمه قبل الحجر فأقام بينة قضى بها وان لم يكن بينة فان قلنا ان النكول ورد اليمين كالبينة سمعت وان قلنا كالاقرار لم نسمع اذ أقصاه أن يقر واقراره غير معقول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وخله ولا يسلم مال الخلع اليه ﴾ اما صحة طلاقه فعليه عامة أهل العلم كما في (التذكرة) وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى لان البضع ليس بمال ولا جار مجراه لانه لا ينتقل الى الورثة ولا يمنع المريض من ازالة الملك عنه ولا يطلق الولي عنه أصلا بل يطلق هو بنفسه ويصح لعانه وظهاره ويكفر بالصوم وتصح منه الرجعة لانها ليست ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق لان هذه لا تعلق لها بالمال ويصح منه الخلع لانه اذا صح منه الطلاق مجانا فبالاولى أن يصح الخلع ولا يدفع اليه مال الخلع وان دفع اليه وأتلفه لم تبرء المرأة وهو من ضمانها ولا يشترط أن يخالع على مهر المثل أو يزيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأقراره بالنسب وينفق على من استلحقته من بيت المال ﴾ أي لو أقر بنسب صحيح قبل ويثبت

وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ولو وكله غيره في بيع او هبة جاز لبقاء اهلية التصرف وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها أبدلت وهو في العبادات كالرشيد الا انه لا يفرق الزكاة بنفسه وينعقد احرامه في الواجب مطلقا ( متن )

النسب لا تنفاه المانع وهو مصادقة الاقرار بالمال اذ لو وجب الانفاق على المقر به أنفق عليه من بيت المال وفي ( حواشي الشهيد ) ان اقرار الزوج بالزوجة يوجب نفقتها لانها معاوضة ( قلت ) ظاهر التذكرة انه مما لا ريب فيه عند العامة وقال الشهيد لو قيل من ماله مطلقا كان حسنا لانه قد ثبتت نسبه شرعا ولا استزمامه الاضرار بجميع المسلمين بواسطة قول واحد ( فان قلت ) المنع من الانفاق في ماله نظرا الى صيانه ( قلت ) صيانة مال جميع المسلمين أولى قلت قد حكي ذلك في التذكرة عن بعض العامة وأجاب في ( جامع المقاصد ) عن قول الشهيد بأنه أي النسب اتما ثبت بالنسبة الى ما عدا المال وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين وهذا منهم فلا يتصور أن يقال وجوب النفقة اضرار بالمسلمين والا لقليل في كل فرد منهم مثل هذا انتهى ( قلت ) قد لا يرد هذا على الشهيد لانه أراد الاضرار بمال جميع المسلمين بقول واحد كأن سرق ولده الصغير الحر وبيع فعرفه وأقر به وصدقه المولى فانه كان واجب النفقة على مولاه والا آن صار واجب النفقة على جميع المسلمين بقول واحد فدار الامر بين أن لا يقبل اقراره أصلا أو يقبل في النسب لافي النفقة لانها غير معلومي التلازم أو يقبل فيهما والنفقة في ماله لان ذلك حصل بالتبع لانه لما ثبت النسب جاءت أحكامه فلا يتجه حينئذ قوله فلا يتصور الى آخره فتأمل جيدا والقول بالانفاق عليه من بيت المال للشيخ في المبسوط وواقعه المصنف في التذكرة والكتاب وظاهر التحرير التأمل في ذلك ﴿ قوله ﴾ وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ﴿ اذا أقر السفية بما يوجب القصاص قبل منه لانه مكلف عاقل ويحكم عليه به في الحال ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم كما في التذكرة فلو عفى المقر له على مال لم يثبت عندنا لان موجب العمد القصاص فاذا صولح على مال كان له خلاص نفسه بالمال لان حفظ النفس أولى فجاز له الصلح ويحتمل العدم لانه يرجع على الاصل بالابطال لان أصل الحجر على السفية لحفظ ماله ويمكن أن يتواطأ مع المقر له على الاقرار ثم الصلح توصلا الى الغرض الفاسد وجوابه كما في جامع المقاصد اندفاع ذلك بقرائن الاحوال فان المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى ولا يلتبس بمن يحاول المال فيصح الصلح ( قلت ) اذا كان عالما بالحكم يمكن أن يخفى الحال فيه قال الشهيد ولك أن تمنع أصل صحة هذا الاقرار لان فتح هذا الباب ينافي الحجر ﴿ قوله ﴾ ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء اهلية التصرف ﴿ عندنا لان عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه فيصح عقده كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها أبدلت ﴿ الوجه في ذلك واضح بل قد يجب عليه ذلك ﴿ قوله ﴾ وهو في العبادات كالرشيد ﴿ كأنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيه خلاف في المبسوط والتذكرة ولا فرق بين البدنية والمالية ﴿ قوله ﴾ الا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه وينعقد احرامه في الواجب مطلقا ﴿ اما الاول فلانه تصرف مالي ممنوع منه على الاستقلال وأما الثاني فلوا حرم بحجة الاسلام أو عمرته فانه إنما يؤدي واجبا تجب المبادرة اليه فيصح احرامه

وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو امكنه تكسب الزائد والا حلله الولي بالصوم دون الهدى (مثن)

بغير اذن الولي وليس له الاعتراض عليه سواء زادت نفقة السفر أولا وهذا المراد بالاطلاق وينفق عليه الولي أو يبعث معه حافظا يحفظ ماله وينفق عليه ولو بأجرة وكذا لو أحرم بحيح أو عمرة واجبتين بنذر أو شبهه كان قد أوجب ذلك قبل الحجر عليه ولو نذر الحج بعد الحجر عليه فالاقوى انفقاده لكن لا يمكن منه ان زادت نفقته في السفر ولم يكن كسب يفي بها بل اذا رفع الحجر عنه حيج ولو نذر التصدق بعين ماله لم ينعقد ولو نذر في الذمة انعقد ولو نذر عبادة بدنية لزمته كما في التحرير ويأتي تمام الكلام في المقام **قوله** ﴿ وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو امكنه تكسب الزائد ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا ولا مستشكلا قبل المقدس الاردبيلي وقد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح بل قد يظهر من المبسوط والتذكرة أن لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقلا فيهما خلافا عن أحد من الخاصة والعامة لا تنفاء الضرر مع تساوي السفر والحضر في النفقة والتفاوت مع الاكتساب واستظهار المقدس الاردبيلي عدم منعه من المندوب وان استلزم صرف المال زائدا على الحضر (قلت) لو لم يمنع من الصدقات والنذور (والنفقة خ ل) المتعلقة بالاموال وفعل كبناء المساجد والقناطر لا يمكن أن يجعل ذلك وسيلة الى ذهاب المال فيعود على الحكم بالابطال وقد تكلم بعض الناس في المقام بكلام هو أهون من أن نرده وأورد في (جامع المقاصد) بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به (وأجاب) بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالا وبعده صار محتاجا الى زيادة النفقة وأيضا فان الاكتساب غير واجب على السفينة وليس للولي قهره عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به (وقد يقال) على الجواب الاول انه انما يتم لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا لم ينفعه احتياجه الى النفقة وعلى الثاني انه وان لم يجب على الاكتساب الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج أو قبله ولم يمكن العود الا بصرفه زال الاشكال **قوله** ﴿ والا حلله الولي بالصوم دون الهدى ﴾ كما في المبسوط والتحرير وفي (الشرائع والارشاد) وغيرها حلله الولي وقضية كلامهم ان احرامه ينعقد (وقد يقال) انه كيف ينعقد مع الاخلال بالشروط للنهي عنه حينئذ مقتضى للفساد في العبادة الا أن تقول النهي هنا عن أمر خارج وهو اتلاف المال الزائد فليس هناك نهى عن ذات العبادة ولا عن شرطها لان المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد فطريق استدراكه أي الزائد تحليل الولي له بالصوم لانه حينئذ كالمحضور حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال هذا ان جعلنا الدم الاحصار بدلا والا بقي على احرامه الى زمان الفك وظاهر المبسوط والكتاب تعيين التحليل بالصوم وهو الذي يقتضيه الحجر لحفظ المال وظاهر التحرير والتذكرة وكذا الشرائع والارشاد أن له كلا من الامرين هذا والصوم الذي يحلله الولي به على القول بالبدل عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان وكونه في الحج وروى الشهيد ثمانية عشر يوما قال لم أقف على كون التحليل بالصوم الامن طرق العامة نعم روى معاوية ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في المحصر ان لم يجد هديا قال يصوم وفي كتاب المشيخة

وينعقد يمينه فان حنث كفر بالصوم وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والارش والولاية في ماله للحاكم خاصة ولو فك حجره ثم عاد التبذير اعيد الحجر وهكذا ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه ومافي يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه عدى الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى ( متن )

لابن محبوب روى صالح ابن عامر ابن عبد الله ابن خزاعة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل خرج معتمرا واعتل في بعض الطريق وهو محرم قال ينحر بدنة ويحلق رأسه ويرجع الى رحله فلا يقرب النساء فان لم يقدر صام ثمانية عشر يوما وقد استقر بعضهم في باب الحج أن ليس لسم الاحصار بدل ( ١ ) والمصنف في الكتاب استشكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينعقد يمينه فان حنث كفر بالصوم ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك وجمع البرهان وكذا الشرائع على ترده له فيه من أنه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن أن الكفارة تصير حينئذ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكاة والخمس ومونة الحج الواجب والكفارة التي سبق وجوبها الحجر ( وفيه ) ان هذه تثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما هو حكم الله عز وجل وما نحن فيه سببه مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له الى اذهايه وقد ذكر الحكم في المبسوط والتذكرة من دون ثقل تردد ولا خلاف وكيف كان فوجوب الكفارة مما لا خلاف فيه وفي ( المسالك ) انه قطعي وانما التأمل في أنه يكفر بالصوم أو المال هذا ويحتمل مع اذن الولي في اليمين مع المصلحة صرف المال فيها ومثل اليمين النذر والعهد ويكفر بالصوم لو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة قتل الخطأ أو الافطار في شهر رمضان وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والارش ﴾ صرح في المبسوط وغيره أن له العفو على مال لانه تحصيل للمال وليس تضييعا له لكنه لا يسلم اليه المال وفي ( التذكرة والمسالك ) ان عفى على غير مال صح عندنا لان الواجب في العمد القصاص ومن قال الواجب أحد الامرين لم يصح عفو عنده على المال وانما انه ليس له العفو عن الدية والارش فواضح وتام الكلام في باب القصاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والولاية في ماله للحاكم خاصة ﴾ قد تقدم الكلام بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فك حجره ثم عاد التبذير اعيد الحجر وهكذا ﴾ لان الحجر كان لعله فاذا عادت عاد الحكم واذا زالت زال قضاء لعله وبذلك صرح في المبسوط وغيره ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه ومافي يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في المطلب الثاني من مطلبي الفصل الاول في الحيوان ولا فرق في المنع من تصرفه بدون اذنه بين أن تقول بملكه وعدمه لانه على ذلك التقدير مجبور عليه والمراد بالمملوك ما يشمل المملوكة لعموم الادلة وجعله اجارة نفسه تصرفا فيها واضح وأما الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل الشيء في ذمته فوجه الحاقه بالتصرف في نفسه أنه يجعل نفسه مديونا فيه مناسبة للتصرف فيها بوجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ عدى الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى ﴾ هذا هو الاشهر اذا كانت



والاقرب أنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى  
وسواء ملكه مولاة على رأي ام لا ولا تصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاة  
استعيد فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداها والاضاع سواء كان المدين جاهلاً بعبوديته أم لا (متن)

الزوجة غير امة المولى وقد خالف جماعة فنخوا خياره فيه أيضاً لمكان صحاح كثيرة وأستثنى في التذكرة  
أيضاً الضمان لانه تصرف في الذمة لا بالعين ورد بعموم الآية مع عدم وضوح شاهد على التخصيص  
﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب أنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى  
وسواء ملكه مولاة على رأي ام لا ﴾ قد تقدم مناقي المطلب المشار اليه آنفاً نقل الشهرة والاجماع  
والفتاوى على انه لا يملك مطلقاً واستدلنا عليه بعد ذلك بالاصل والآيات الكريمة والسنة وبيننا الحال  
في المواضع التي يظهر منهم انه يملك وأسبغنا الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح له  
الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاة استعيد ﴾ اذا اقترض العبد أو اشترى في ذمته بغير اذن  
سيده لا يصح قرضه ولا شراؤه لاستحاله ان يثبت الملك له فانه ليس أهلاً للملك ولا يثبت للمولى  
لانه أن ملك بغير عوض فهو تجارة عن غير تراضي اذا المالك انما دفع العين ليسلم اليه العوض فاذا لم  
يكن هناك عوض يكون تسلطاً على ملك الغير بغير اذنه وأن ملك السيد بعوض فأما في ذمته فهو باطل  
لان السيد ما رضي به أو في ذمة العبد فهو ايضاً باطل لامتناع حصول الشيء لمن ليس عليه عوض بل  
على غيره فالبايع والمقرض يرجعان بالعين أن كانت موجودة سواء كانت في يد العبد أو يد السيد  
لبقاء ملك البايع والمقرض فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداها والاضاع سواء  
كان المدين جاهلاً بعبوديته أم لا ﴾ قال الشيخ في النهاية اذا لم يكن مأذوناً في التجارة فكل ما يقع  
عليه من الدين لم يلزم مولاة من ذلك شيء ولا يستسعى أيضاً فيه بل كان ضايماً وقد حكى هذه العبارة  
في السرائر ما عدا قوله بل كان ضايماً ونفى عنها الخلاف وقال بل يتبع به بعد العتق (ثم قال) وقال  
شيخنا في نهايته بل كان ضايماً يريد به ما دام مملوكاً ونحو ما في السرائر ما في الغنية والكافي وقال  
في (التذكرة) اذا استدان شيئاً لم يلزم مولاة منه شيء بل يتبعه المدين بعد العتق فاذا اعتق رجع عليه  
بماله عليه ان كان ذا مال وان مات عبداً سقط الدين بلا خلاف ولا فرق بين أن يكون صاحب المال  
عالمًا بعبوديته أو جاهلاً وقد طفحت عباراتهم كعبارة الشرائع والنافع وغيرها بانه اذا استدان من  
دون اذن مولاة قتل كان لازماً لذمته يتبع به دون المولى ومرادهم انه يتبع به اذا اعتق كما صرح به  
في النافع وغيره نعم قال ابن حمزة يكون ضايماً الا اذا ابقى المال في يده أو كان قد دفعه الى سيده  
(وحجتهم) على ذلك بعد الاجماع اصالة البراءة وانه فعل غير مأذون فيه واما صحيح ابي بصير عن ابي  
جعفر عليه السلام قال قلت له رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال ان كان اذن له السيد ان  
يستدين فالدين على مولاة وأن لم يكن اذن له ان يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين  
وموثقة وهب ابن حفص سئل ابا جعفر عليه السلام عن مملوك يشترى ويبيع قد علم بذلك مولاة حتى  
صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى فيما عليه فقد استدلت بهما في الرياض على ما نحن فيه وليس مما نحن فيه  
وانما محلها كما فهم منها الاصحاب فيما اذن له في التجارة دون الاستدانة وحصل عليه ديون وجعلوا  
هذه مسألة اخرى كما سئمت انشاء الله تعالى على أهم في هذه ايضا لم يعولوا عليها أي الخبرين اذ ظاهرهما انه

ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه او باعه ولو اهتمته فالاقوى الزام المولى (متن)

يستسمى في حال الرق فيرجع الى ضمان المولى وجعل بعضهم كالمصنف في المختلف الوجه في ذلك ان المولى غار بالاذن في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي وقال بعضهم ان علم المولى باستدائته مع عدم منعه يرجع الى الاذن بالفحوى كما هو ظاهر الوثيقة واما الصحيحة فتقيد بذلك جمعا بين الادلة ويفرق حينئذ بين الاذن الصريح والاذن بالفحوى بان الاول يقضي بال ضمان على السيد مطلقا حتى مع عجز المملوك عن السعي والثاني يقضي باختصاص الضمان عليه في صورة قدرة العبد على السعي واما مع العجز فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام في صحيحة ابي بصير الاخرى ليس على مولاه شي وليس لم ان يبيعوه ولكن يستسمى وأن عجز عنه فليس على مولاه شي ولا على العبد شي وبعضهم حملها على ما اذا رضي السيد والا فيتبع به بعد العتق لقول الصادق عليه السلام في خبر روح ابن عبد الرحيم في رجل مملوك اتجره مولاه فاستهلك ما لا كثيرا قال ليس على مولاه شي ولكنه على العبد وليس لم ان يبيعوه ولكن يستسمى وأن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شي ولا على العبد وهي كصحيحة ابي بصير الثانية لكن في هذه حجر عليه وفي تلك عجز عنه لكن هذه الرواية قاصرة مصحفة المتن وبعضهم حمل الاستسعاء على ما بعد العتق ولكنه يلزم منه استسعاء الحر فيما عليه ولا يقولون به الا ان يقال أن ذلك اذا كان الدين حال الحرية لكن ذلك فرع ظهور كون الاستسعاء بعد العتق من الاخبار (وكيف كان) فهذه الاخبار قد أعرض عنها الاصحاب في خصوص الاستسعاء الا الشيخ في النهاية وابن حمزة على تفصيل له عليل ستسمعه انشاء الله تعالى وهذه التأويلات كما قد عرفت حالها لا يعول عليها في اثبات الاحكام الشرعية ﴿ قوله ﴾ ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى أن استبقاه أو باعه ولو أعتقه فالاقوى الزام المولى ﴿ اذا اذن المولى لعبده في الاستدانة فاستدان لسيدته فالدين يلزم سيده قطعا كما في المختلف والمقتصر وقولا واحدا كما في ايضاح النافع والمسالك والروضة وبلا خلاف كما في غاية المراد وجمع البرهان وبلا شك كما في المهذب البارع واما اذا استدان حينئذ لنفقته الواجبة على السيد فكذلك أي يلزم سيده اجماعا كما في ايضاح النافع وبلا خلاف كما في غاية المراد وقطعا كما في المقتصر وبلا شك كما في المهذب البارع واذا استدان لما سوى هذين من مصالح العبد فان استدان لذلك واستبقاه سيده أو باعه فالدين لازم للمولى بلا خلاف كما في ايضاح النافع وقولا واحدا كما في المهذب البارع وبالحكم المذكور نطقت كلماتهم وطفحت به عباراتهم وأما لو أعتقه وهو محل النزاع فالمشهور كما في التذكرة الزام المولى ايضا والاشهر فتوى كما في ايضاح النافع والاشهر رواية كما في الشرائع والنافع وهو المنقول كما في حواشي الشهيد وهو خيرة الشيخ في الاستبصار وابن حمزة وابن ادريس والمصنف في الارشاد وولده والشهيد في المعين والمسالك وابي العباس في المقتصر والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي والمحدث الخراساني وقد سمعت ما في الشرائع والنافع من أنه أشهر الروايتين وتردد في التحرير واستشكل في التفتيح ولم يرجح في غاية المراد والمخالف الشيخ في النهاية والتقي والقاضي على ما حكى عنهما وابن زهرة في الغنية والمصنف في التذكرة فقالوا يتبع به العبد وقد نفي عنه العبد في المختلف (حجة المشهور) الاصل بمعنى الاستصحاب أعني استصحاب الحكم بال ضمان على المولى الثابت في حال عدم العتق وصحيحة ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت له الرجل يأذن

لملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال اذا كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه وأن لم يكن اذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسمى العبد في الدين (وجه الدلالة) ان ترك الاستئصال يشمل صورة العتق والبيع والاستبقاء وقد اعتضد هذا الخبر مع صحة بالاصل والشهرة في العمل في خصوص المسئلة والشهرة في الرواية لان كان قد رواه الشيخان في الكافي والتهذيب ولا حاجة الى حمله على صورتي البيع والاستبقاء جمعا بينه وبين الاخبار الأخر لانها مع مخالفتها للقواعد وامكان حملها على صورة عدم الاذن في الاستدانة لا تكافؤه بحسب السند والاعتضاد (فمنها) خبر ظريف (١) ابن ناصح الاكفاني قال كان اذن لعلاء له في الشراء والبيع وفسل ولزمه دين فاخذ بذلك الدين الذي عليه وليس يساوي ثمنه فقال ان بعته لزمك الدين وان اعتقته لم يلزمك الدين فعتقه ولم يلزمه شيء وقد روى مثله الشيخ بسند آخر عن ظريف بأدنى تفاوت وهما وان اختصا بصورة البيع الا أن ثبوت الحكم فيها يستلزم ثبوته بصورة الاستبقاء بالاولوية فتأمل وأنت خير بانهما محملان عند المشهور على ما اذا كانت الاستدانة بغير اذن المولى فان الاذن في التجارة فيها أي الخبرين لا يستلزم الاذن في الاستدانة ثم ان ما تضمنناه من لزوم الدين على العبد مع الاذن مخالف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو بمنزلة الوكيل على اختلاف الرأيين وانفاقه على نفسه وتجارته باذن المولى انفاق لمال المولى كما لو لم يعتق (فان قلت) أن قضية ما ذكرت من حمل الخبرين على عدم الاذن ان لا يلزم الدين المولى فيما اذا باع (قلت) لعل الوجه في تضمين المولى للدين في صورة البيع هو حيلوته بين أصحاب الدين وبين العبد بالبيع لا من حيث أن المال لازم من جهة الاذن في التجارة وان كان لم يأذن في الاستدانة ثم انه في السرائر قال ان ظريفا الاكفاني مجهول خامل الذكر وعندنا انه ظريف ابن ناصح الثقة بنص (جس وصه) وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر شريح في عبد بيع وعليه دين قال دينه على من اذن له في التجارة وأكل ثمنه فإنه قابل للحمل على صورة الاذن في التجارة والاستدانة ولا منافاة على صورة عدم الاذن في الاستدانة واما موثقة وهب ابن حفص وخبر روح ابن عبد العظيم الدالان على عدم ثبوت الدين على المولى محمولان ايضا على الاستدانة بغير اذن المولى ومما ذكر يعرف الحال فيما استدلل به للشيخ في النهاية ومن واقفه وهو الخبر الذي رواه في التهذيب في باب العتق بطريق فيه ضعف وجهالة (قال) حدثني عمجلان عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق عبدا له وعليه دين قال دينه عليه لم يزد في العتق الا خيرا فإنه يحمل على ضعفه على ما اذا لم يقع الدين باذن المولى على أن صحيح النظر يقضي بأن الضمير المجرور يعلى راجع الى المولى بقرينة قوله عليه السلام لم يزد في العتق الا خيرا اذ معناه على الظاهر أن العتق لا يقضي بأن الدين على العبد والا لم يكن زاده خيرا (وعساک تقول) ان خبر أبي بصير الذي جعلته أصلا في المقام ونزلت عليه أخبار الباب قد اشتمل عجزه على ما لا تقولون به (قلت) اشتماله على ذلك لا يخرج عن الحجية والا لوجب العمل بجميع روايات الراوي الواحد كما قرر في محله ونحن إنما عملنا به في موضع لم يعرض الاصحاب عنه على أنك قد سمعت آتفا ما ذكرناه في تأويله على انه مؤيد بموثقة زراره وستسمعها فقد انضح الحال في المسئلة وأخبار الباب ولم يبق في هذه أشكال ولا في تلك في خصوص المسئلة اضطراب ولا تصع الى ما في المختلف وغيره وعد الى عبارة الكتاب فإنه قد قال المحقق الثاني ان نظمها

(١) الموجود في نسخة ظريف بالطاء المهملة هنا وفي جميع ما يأتي (محسن)

ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة ولو اذن له في التجارة لم يجوز له التعدي فيما حده وينصرف الاذن في الابتاع الى النقد ( متن )

غير حسن لان ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه في لزوم الدين المولى يقتضي التقي عما عداها مع أن مختاره مع العتق للزوم فلو قال وكذا لو أعتقه على الاقوى لكان أحسن ﴿ قوله ﴾ ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة ﴿ يريد أنه لو استدان باذن المولى ثم مات المولى وعليه دينون قسمت تركته على دين المولى ودين العبد على النسبة لانهما معا مستحقان في ذمة المولى ولا يقدم أحدهم على الآخر كما صرح بذلك في النهاية والسرائر وغيرها على أني لم أجد فيه خلافا وفي ( مجمع البرهان ) انه ظاهر ( قلت ) وبه صرح الشيخ في النهاية ومن تأخر عنه ممن تعرض له وقد استدل عليه في التذكرة وغيرها بموتة زواره قال سئل أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده وفي تجارته وان الورثة وغمراء الميت اختصوا في ما في يد العبد من المال والمتاع ورقبة العبد فقال أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المال والمتاع الا أن يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده للورثة فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يقوم العبد وما في يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة العبد وما في يده من أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي ان كان الميت ترك شيئاً وان فضل من قيمة العبد وما كان في يده عن دين الغرماء رد على الورثة وأما ما رواه الشيخ في باب العتق عن ابن محبوب عن علي بن محمد بن يحيى عن الحسن بن علي عن أبي اسحق عن فيض عن اشعث عن الحسن عليه السلام في بعض النسخ وعن أبي الحسن عليه السلام في بعض آخر في الرجل يموت وعليه دين وقد اذن لعبده في التجارة وعلى العبد دين قال يبدأ بدين السيد فهو قاصر السند بالضعف وكثرة المجاهيل ويمكن تأويله بالبعيد بأن يراد بدين السيد ما يعم دين العبد والتقديم اضافي بالنسبة الى الارث والوصايا او يحمل على ما اذا اذن له في التجارة دون الاستدانة ويخص دين السيد بدين نفسه دون دين العبد ويجعل الامر بأداء دين العبد المفهوم من الامر بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاة كما اشار الى ذلك الشيخ في الاستبصار وكان الاستحباب غير متجه لانه مبني على رضى الورثة ووفاء التركة ﴿ قوله ﴾ ولو اذن له في التجارة لم يجوز له التعدي فيما حده ﴿ كما في الشرائع وغيرها ولا فرق في عدم جواز التعدي بين أن يكون في جنس ما يشتره ويبيعه أو في القار أو في السفر الى موضع وان عم له جاز ولا يختص الاذن بشيء دون شيء ويستفيد المأذون له في التجارة بالاذن كل ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها حتى الرد بالعب والمخاصمة - ﴿ قوله ﴾ وينصرف الاذن في الابتاع الى النقد ﴿ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وقد أطلقها الاصحاب وغيرهم في الباب وباب القراض وباب الوكالة والظاهر الاجماع على ذلك ولولا أنه لم يمكن جعل جواز النسبة وجهاً وإنما اختص بالنقد للقرائن الخارجية وهي الاضرار بالمولى في النسبة بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال او لاغرض له وهي التي عينته من بين افراد الكلي وهذا هو حاصل ما أجاب به المصنف قدس سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازي حين قرأ عليه هذه المسئلة بأن

وله النسبته ان اذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى  
عوضه وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع  
به بعد العتق والاضاع ولا يستسمى على رأيه (متن)

البيع امر كلي والنسبته جزئي فلم لا تدخل (فأجاب) أولا بأن البيع أعم فلا يدل على النسبته باحدى  
الدلالات (فأورد) عليه القطب انه لا يلزم من ففي الدلالة ففي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم  
عارضه بالنقد فعلى الفاضل الى الجواب المذكور من أن في النسبته اضرار بالمولى بثبوت شيء في ذمته  
بخلاف النقد وكأنه في جامع المقاصد فهم من الاتباع البيع لانه استدلى على انصرافه الى النقد بأنه  
الغالب وبأن النسبته غير مرغوبة غالبا وبأنها معرضة للتلف والضياح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله النسبته ان  
اذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ﴾ من المعلوم انه اذا اذن له في النسبته كان الثمن في ذمة المولى  
و به صرح في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها ولو لم يكن السيد اذن في النسبته واشترى كان  
فضوليا يتوقف على اجازة المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه ﴾ كما  
في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان تلفه بيد العبد كلفه بيد السيد وليس المراد به  
الثمن المعين لان تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى عوضه على ما هو الظاهر منهم في باب البيع  
﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى ﴾ لان الاذن  
في التجارة يستلزم الاذن في جميع ضرورياتها لانه في معنى الاذن فحوى كما لو ماتت الدابة الحاملة  
للمناع ولم يمكن غيرها الا بالاستدانة وكأجرة الحافظ ونحوها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغيره يتبع به بعد العتق ﴾  
أى غير المستدان لضروريات التجارة يتبع به بعد العتق ان عتق ويندرج فيه امران ما استدانه لا  
لضرورة التجارة المأذون فيها وما استدانه لغير المأذون فيها مطلقا والظاهر الاجماع على انه لا يلزم ذمة  
المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاضاع ﴾ هذا معطوف على محذوف يدل عليه قوله بعد العتق أى ان  
أعتق وان لم يعتق ضاع ذلك في الدنيا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يستسمى على رأيه ﴾ موافق للمبسوط  
والخلاف والكافي فيما حكى والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي  
واللمعة وشرح الارشاد للفخر وظاهر الارشاد وغيره وحكي عن الخلاف الاجماع عليه وهو الموافق  
للاصل ويجاب عن الصحيحة بالوجه الثلاثة المذكورة فيما سلف وهي حملها على ما اذا علم المولى باستدانه  
فيجري علمه مجرى الاذن فحوى أو على ان الاستسعاء برضى المولى أو على انه بعد العتق (وقال الشيخ)  
في النهاية يستسمى فيه ولا يلزم مولاه شيء للصحيحة المذكورة ونفى في المختلف عنه البعد لان المولى  
غار بالاذن للعبد في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي وقال أيضا في (المختلف) ان المعتمد انه  
ان استدان لمصلحة التجارة لزم المولى أداؤه كلاجبي وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه شيء وتبعه  
بعد العتق عملا باصالة براءة ذمة المولى وتبعه على ذلك صاحب المقتصر (وأورد) عليه ان الاذن في  
التجارة ان استلزم الاذن في الاستدانة لضرورياتها فهو خلاف الفرض لان المفروض انه غير مأذون  
في الاستدانة وان لم يستلزم فلا نسلم انه يلزم المولى حينئذ لانه نفس المتنازع (وأجاب في التنقيح) بأن  
محل النزاع هو عدم حصول الاذن صريحا لعدم حصوله مطلقا قال وبينهما فرق (قلت) الموجود في  
الرواية التي هي الاصل في النزاع وان لم يكن اذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسمى العبد

ولا يتمدى الاذن الى مملوك المأذون ولو أخذ المولى ما استدانه وتلفت في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طو لب بعد العتق ولو اذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال ( متن )

في الدين فالاذن نكرة في سياق النفي وهو يفيد العموم اللغوي الا ان تقول ان النفي متوجه الى ما أريد من الاذن في الاثبات وهي الصريحة والفعوى المقطوع بها دون المظنونة وكلام المختلف ناظر الى المظنونة على الظاهر ثم ان هذا التحرير في محل النزاع لم نجده لغيره وقد سمعت ما ذكرناه في تفسير قول المصنف وغيره من الوجهين وفصل ابن حمزة بأنه ان علم المدين عدم الاذن تبع به بعد العتق والا استسعى وقد واقفه على ذلك صاحب ايضاح النافع قال لان السيد غير الناس بالاذن في التجارة والصحيحة منبهة على العلة وقال انه أقوى الاقوال وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف وفصل في المسالك والروضة فقال الاقوى ان استدانته لضرورة التجارة انما تلزم مما في يده فان قصر استسعى في الباقي ولا يلزم المولى من غير ما في يده وعليه تحمل الرواية وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ ولا يتمدى الاذن الى مملوك المأذون ﴿ كما في الشرائع والتذكرة وغيرها ويمكن أن يراد بمملوك المأذون معناه المجازي لان الاضافة تصدق باذني ملابسة فيراد به من هو في خدمته من ممالك المولى حال تجارته بحيث يدخل تحت أمره ويمكن أن يراد الحقيقة فريما على القول بأنه يملك وعلى التقديرين لا يتناول الاذن له مملوكه لان المولى اعتمد على نظره فلم يكن له أن يتجاوز بالاستنابة كالتوكيل وكذا ليس لهذا العبد المأذون أن يוכל غيره لما ذكر وقد وافق على ذلك الشافعي وخالف أبو حنيفة فذهب الى ان له أن يأذن لمملوكه في التجارة مع أنه لا يقول بان العبد يملك ﴿ قوله ﴾ ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ﴿ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ووجه التخيير ان كلا منهما قد أثبت يده على ماله فيرجع على من شاء لان كان القرض فاسدا لانه بغير اذنه صريحا أو خفوى كما هو المفروض فان رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان أعتق بعد ذلك لاستقرار التلف في يده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان عند أخذه للمال عالما بانه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا وان كان قد غره العبد بان المال له أو من كسبه اتجه رجوعه عليه لمكان الضرور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده الا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه ومثله لو أخذه المولى ثم رده على العبد تلف في يده وقد سهى قلم مولانا المقدس الارديلي في المقام ﴿ قوله ﴾ ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طو لب بعد العتق ﴿ اما أن البائع والمقرض يستيدان العين ان كانت موجودة فما لا ريب فيه لبقاء ملك البائع والمقرض وأما مع التلف فيتبع العبد بمثلها أو قيمتها بعد عتقه ويساره كما هو واضح والضمير المثنى في فيهما يعود الى البيع والقرض للدلالة البائع والمشتري عليهما ﴿ قوله ﴾ ولو اذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال ﴿ الضمير في تملكه يعود الى المولى لان العبد لا يملك عند المصنف قال في (التذكرة) لو اذن المولى لعبد في الشراء لعبد صح والا قرب انه لا يملكه فحينئذ يملكه المولى لاستحالة ملك لأمالك له وهو خيرة الشهيد في

وهل تستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن (متن)

نكاح غاية المراد وفي (جامع المقاصد) الاصح انه لا يشر ملكا للمولى وهو خيرة نكاح المسالك والمصنف هنا استشكل ووجه الشهيد بأنه لم يقع للسيد فلا يملكه ولا للعبد لانه لا يملك (قلت) قضية ذلك أن يكون باطلا والاصل في ذلك أي الاشكال ان بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزئه المعين وبعبارة أخرى بطلان الخاص لا يستلزم بطلان العام وان الاذن في الخاص يستلزم الاذن في المطلق اللازم له فاذنه له في الشراء لنفسه قد تضمن أمرين مطلق الاذن في الشراء وتقييد (١) بكونه لنفسه واذا بطل التقييد أعني الجزء المعين بقي المطلق وان كان الشراء في الجملة ماذونا فيه أمر الملك للمولى ومن أن الكلي لا يوجد الا في أحد جزئياته وهي غير متلازمة هنا فالاذن حينئذ انما تعلق بأمر واحد وهو شراء مخصوص للعبد وقد انتفى لان كان محالا غير متحقق وبعبارة أخرى فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه فلا يشر ملكا للمولى (وحاصله) ان الاذن في التقييد يستلزم الاذن في المطلق لا مطلقا أي في أي جزء كان بل في ذلك التقييد واذا امتنع ذلك التقييد لم يبق ذلك الاذن فرجع الأمر الى منع القاعدة الثانية على اطلاقها ثم انا قد نمنع القاعدة الاولى وتقول فيمن نذر صلوة نافلة في مكان لا مزيتة له أو جالسا أو على الراحة بانقضاء النذر ولا تقول بانقضاء المطلق وبطلان التقييد فيمن نذر الصلوة محدثا ببطلان النذر من أصله وتقول ان من نذر أن يضحي بحيوان خاص فمات قبل ذلك لا يجب أن يضحي بغيره وان القضاء ليس تابعا للأداء والحاصل أن بقاء المطلق مع انتفاء التقييد في مثل هذه المواضع ظاهر المنع ومن الجائز أن يرضى المولى بتملك الامة المعينة للعبد ولا يرضى بتملكها لنفسه ﴿ قوله ﴾

﴿ وهل تستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة ووجهه في الايضاح بأنه أذن له في سائر التصرفات لان التمليك أبلغ ثم احتمل العدم لعدم محله (ثم قال) ويرد انه أذن له في التصرف في الثمن بالبيع وفي المنمن بعد ذلك وهذا الاذن صحيح (قلت) هذا تفريع على ثبوت الملك للمولى ونحن ان سلمنا صحة الاذن في الوطي لكننا نقول انه غير كاف في جواز الوطي لكونه سابقا على الملك وقد قال المصنف وغيره انه لا يكتفى باذن المالك للعامل في شراء جارية يطؤها ولا فرق قال في باب القراض ولو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل جاز والاقرب المنع وهو الذي صححه المحقق الثاني هناك والقائل بالجواز الشيخ في النهاية تعويلا على رواية الكاهلي وقد قالوا في باب النكاح اذا تزوج العبد بمملوكة ثم أذن له المولى في شرائها لنفسه وقلنا انه يملك وان العقد يبطل هل يستبيحها العبد بغير اذن جديد من المولى اما بالملك أو الاذن الضمنية المستفادة من الاذن في شرائها لنفسه أم لا كل من الامور الثلاثة محتمل وجه الاول واضح لان الفرض كونه مالكا والمالك يستبيح أمته بالملك كغيره وضعف بأنه لا يلزم من الحكم بملكه جواز تصرفه مطلقا للاجماع على أن العبد محجور عليه في سائر التصرفات وفائدة الحجر لا تظهر الا على القول بكونه مالكا اذ لو نفينا ملكه أصلا كان منعه من التصرف كمنع سائر الناس من التصرف في مال غيرهم ومثل هذا لا يسمى حجرا اصطلاحا وحينئذ فلا يلزم من الحكم بملكه جواز وطئها بدون اذن جديد ووجه الثاني

(١) كذا في النسخ والظاهر وتقييده (مصححه)

ولو اذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها او استلزمته كحمل المتاع الى الحرز  
والرد بالعيب وليس له أن ينكح ولا يواجر نفسه والاقرب أن له أن يواجر اموال التجارة  
ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ولا ينفق على نفسه من مال التجارة ولا يعامل  
سيده يباع ولا يشراء خلافا للمكاتب ( متن )

ان اذن المولى له في شرائها لنفسه دل على أمرين أحدهما تملكها والآخر تسويفه التصرف فيها بالوطني  
فيستبيحها بالاذن الضمني لا بمجرد الملك للحجر ويضعف بأن مجرد الاذن له في شرائها لنفسه لا يدل  
على الاذن له في الوطني بشي من الدلالات ولا يستلزمه وانما تضمنت مجرد التملك للعبد وقد اعترقم  
بأن التملك المحرر لا يفيد اباحة الوطني ثم قالوا انه على تقدير الاذن له في الوطني قبل الشراء ففي  
استباحته للوطني نظر لان المولى غير مالك حين الاذن لما اذن فيه قوله ﴿ ولو اذن له في التجارة  
جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته ﴾ كما في التذكرة والتحرير قوله ﴿ كحمل المتاع الى  
الحرز والرد بالعيب ﴾ وكنشر الثوب وطيه والمخاصمة في العهدة وكأنه أراد بالاستزمام ما يشمل المقدمات  
لان حمل المتاع ليس من التجارة التي هي الاكتساب وانما هو من مقدماته قوله ﴿ وليس  
له أن ينكح ولا يواجر نفسه ﴾ أما النكاح فظاهر لان الاذن نملق بالتجارة وهي لا تتناول النكاح  
كما ان المأذون له في النكاح ليس له أن يتجر اذ كل منهما لا يندرج تحت الآخر وأما الاجارة فقد  
صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بأنها ليس له لما مر من عدم تناول الاذن في التجارة  
لها ولانه لا يملك التصرف في منفعة فيتوقف على الاذن وعسك تقول الاذن في التجارة يعم وجوه  
الاكتسابات وهذا من جملتها قلنا المتبادر من الاذن له في التجارة الاكتساب بغير منفعة قوله ﴿  
﴿ والاقرب ان له أن يواجر اموال التجارة ﴾ هذا هو الاصح كما في جامع المقاصد لأن المقصود  
بالاذن الاكتساب وهو هنا أبلغ ولان له التصرف في الاعيان والمنافع تابعة لها ولجواز تملكها بغير  
عوض تبعا للاعيان فهنا أولى كذا وجهه في الايضاح ( قلت ) ولان المنفعة من فوائد المال فيجوز له  
العقد عليها كالصوف والابن ولان الايجار مما يعتبره التجار وقد يوجه العدم بعدم دلالة الاذن عليه  
باحدى الدلالات بل الاجارة والبيع متنافيان لان البيع نقل العين والاجارة نقل المنفعة والامر بالشئ  
يستلزم النهي عن منافيه كذا قال في الايضاح فأمل ( والجواب ) انها من جملة وجوه الاكتساب  
قوله ﴿ ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ﴾ وكذلك الحال في القدر والسفر وقال الشهيد  
وجد بخط المصنف وقال أبو حنيفة يعم لانه زال الحجر بالاذن الخاص قوله ﴿ ولا يتصدق ﴾  
الامع انتفاء كراهية المولى كما في التذكرة وقد استحسنته في جامع المقاصد قوله ﴿ ولا  
ينفق على نفسه من مال التجارة ﴾ لانه ملك السيد وعند أبي حنيفة يجوز له ذلك ( وتقيحه ) أن يقال  
انه ان اضطر ولم يمكنه الاستئذان فيه وفي القرض للانفاق ولا الاكتساب كان ذلك من ضروريات  
التجارة على احتمال قوي جدا ولو استأذن الحاكم حينئذ فلا كلام ولو تعذر ذلك كله وبلغ حد الضرورة  
كان من ضروريات التجارة بل له دفعها وان لم تكن قوله ﴿ ولا يعامل سيده يباع ولا يشراء  
خلافا للمكاتب ﴾ لان تصرفه لسيدته بخلاف المكاتب فانه يتصرف لا لسيدته لاقطاع سلطانه عنه  
و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة له أن يعامل سيده وقيدته بعض الشافعية بما اذا ركبته الديون ولا



ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة وهل ينزل بالآ باق نظر أقرب به ذلك ولا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشراؤه واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا ازيد (متن)

ولا استحلي قوله خلافا للمكاتب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة ﴾ وكذلك قبول الوصية والاخذ من معدن أو مباح لعدم تعلق الاذن به فليس له التصرف فيه الا باذنه لانه مال اكتسبه بغير التجارة فيكون للسيد والسيد لم يأذن له في التصرف ولم يسلمه اليه ليكون رأس مال التجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل ينزل بالآ باق نظر أقرب به ذلك ﴾ كما في التذكرة قضاء للعادة وشهادة الحال فان خروجه عن طاعة مولاه يؤذن بكراهية المولى لتصرفه حيث خرج عن الامانة وان الشارع نزل منزلة الموت ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت موجب للبطلان ووجه عدم الانزال كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد الاصل فيتمسك بصريح الاذن الى أن يتحقق العزل وان الآ باق عصيان فلا يوجب الحجر كما لو عصى السيد من وجه آخر والفرق ظاهر فانه اذا قهر المولى على نفسه فقد قهره على ما في يده والحال تشهد بأنه لم يأذن له حينئذ بالتصرف فيه وعلى القول ببقاء الاذن له التصرف في البلد الذي أبق اليه الا اذا خص السيد الاذن بهذا البلد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشراؤه ﴾ اذا شاهد عبده يبيع ويشترى فسكت عنه ولم ينكر ولم يظهر منه أثر الاختيار لم يصير مأذونا في التجارة كما لو رآه ينكح فسكت لم يكن مأذونا في النكاح وقال أبو حنيفة يكون مأذونا في التجارة بمجرد السكوت ويستفاد من بعض أخبارنا في باب النكاح أن السكوت اذن واجازة ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده ﴾ ولا اعتراض للعبد ولا للغرماء على السيد وقال أبو حنيفة يزول ولا يدخل في ملك الغرماء وهو يستلزم الحال وهو وجود ملك بلا مالك له ولا من هو في حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا ازيد ﴾ كما الغنية والشرائع والتحرير والارشاد والدروس ومجمع البرهان ونهاية المرام والرياض وفي ( المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض ) انه المشهور ومعناه انه أقرب بأن ما في ذمته لزيد مائة دينار من ثمن مبيع والحال ان المائة دينار مقدار المال المأذون فيه فيقبل اقراره لان المأذون فيه جائز له بخلاف ما سواه خلافا للتذكرة ووفقا للتحرير ثم انه قال في ( التحرير ) ان كان ما في يده بقدر الاقرار مضى منه والا كان الفاضل في ذمته تتبع به بعد العتق وظاهره أي التحرير ان سيده أذن له في التجارة والمعاملة بمائة دينار مثلا ولم يدفع اليه شيئا فعاد ويده اغراض يدعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن فانه يقبل اقراره في المقدار الذي أذن له فيه ويؤخذ من المال الذي في يده والفاضل يكون في ذمته يتبع به بعد العتق وعبرة الكتاب قابلة للتنزيل على ذلك لانها كعبارة التحرير وانما زيد فيه ما سمعت ووجه شهادة الحال له لان كان ذلك متقضى الاذن وان معاملته يتضررون بالصبر الى ما بعد العتق لولم يقبل وفي ( جامع المقاصد ) ان الاصح انه لا يمضي اقراره على المولى ومشاهدة الحال ليست حجة لشغل الذمة الحالية والتضرر يندفع بالاشهاد وليس اقرار العبد بارى من اقرار الوكيل (قلت) ان لم يقبل اقراره فهل تكون هذه الاغراض التي في يده لمولاه أو

سواء أقر لاجني او لايه أو لابنه ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد او تقوم به بينة عادلة والاقرب قبول الشيع ( متن )

يردها على أصحاب الدين وكلامه يعطي أنها للمولى وما أشبهها بما اذا ادعى أن ما في يده ملك لزيد وديعة أو غصبا فانه اقرار على ما في يده لا على المولى وقد صارت يده بالاذن كيد الوكيل ووجه عدم القبول في هذا الفرض ان ما بيده لمولاه ويشبه ذلك أيضا ما اذا أقر بدين اقتضته ضروريات التجارة ويحيى على ما في جامع المقاصد أن لا يقبل اقراره وعلى ما في التحرير والكتاب يجب القبول ولا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه لأن ضروريات التجارة لا تنحصر في مقدار ثم ان المصنف في باب الاقرار من الكتاب صرح بما في التحرير قال ولو كان مأذونا في التجارة فأقر بما يتعلق بها قبل ويؤخذ ما أقر به مما في يده وان كان اكثر لم يضمنه المولى بل يتبع به بعد العتق واشتراك في التذكرة وصاحب جامع التاصد قال الاشكال في محله ثم قال لا ريب ان القبول انما هو بتدريج في يده وقال واحترز بقوله فأقر بما يتعلق بها عما اذا اقر بأتلاف ونحوه مما لا مدخل له في التجارة فانه لا ينفذ في حق المولى أن تبرأ وحينئذ فكيف يصح له أن يحتل في عبارة الكتاب هنا انه اذن له في التجارة بمقدار معين ودفع اليه مالا ليتجر به ثم عاد ويبيده اغراض يدعي أنه اشتراها في ذمته وان دينها باق وأدعى تلف ما كان في يده وانه يقبل اقراره هنا على السيد ثم يقول انه مستبعد جدا ثم انه لم يتضح لنا قوله وليس اقرار العبد باولى من اقرار الوكيل فانه أي الوكيل تارة يقبل اقراره وتارة لا يقبل كما فعله في باب ولا نظن أنهم لا يقبلون قول الوكيل في مثل ما نحن فيه فليتأمل جيدا وتام الكلام في باب الاقرار فانا قد اسبغناه هناك قوله ﴿ سواء أقر لاجني أو لأبيه أو لابنه ﴾ قال في (التذكرة) وقال ابو حنيفة لا يقبل اقراره لها اما لو اقر بغير دين المعاملة فانه غير نافذ وكذا لو أقر غير المأذون لانه اقرار في حق المولى قوله ﴿ ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينة عادلة ﴾ لان الاصل عدم الاذن فاشبه ما اذا زعم الراهن اذن المرتهن في بيع المرهون لانه مدع لنفسه فلا تقبل دعواه الا بينة وقال ابو حنيفة يكفي قول العبد كما يكفي قول الوكيل وفرق واضح بينهما لانه لا حاجة في الوكيل الى دعوى الوكالة بل تجوز معاملته على ظاهر الحال وأن لم يدع شيئا وهذا بخلافه فكان قياسا مع الفارق حتى مع العلم بكون ما في يده لغيره وجملة أو تقوم أو يقيم على اختلاف النسخ معطوفة على الجملة لا على المجزوم والا لجزمت ويصير التقدير أو يتم أو يقيم بينة فيجوز قوله ﴿ والاقرب قبول الشيع ﴾ كما في الايضاح لان اقامة البينة لكل معامل مما يعسر وأستوجه في التذكرة عدم قول العسر يندفع باثبات ذلك عند الحاكم (قلت) يرد عليه مثاله لان سؤال الحاكم يعسر عند كل معاملة الا ان يريد انه ينادي عليه ويعرف الناس خبره ثم انه يرد على الشيع مثل ذلك لان اخبار جماعة يشر اخبارهم ظنا قويا متاخما للعلم عند كل معاملة مما يتعذر أو يتعسر أيضا وليس مطلق الاخبار شيئا ثم انه لو ثبت الاذن بالشيع ثبت في الاذن والوكالة للحر لاتحاد طريق المسئتين وهو الاذن مع ان العبودية لا تزيده الا منعنا من التصرف وفي (جامع المقاصد) ان اريد قبول الشيع بحيث يحكم به على المولى لو انكر فهو مشكل لانه سيأتي أن الشيع لضعفه

ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل فان قال السيد لم احجر عليه احتمل ان لا يعامل لانه العاقد والعقد باطل بزعمه والمعاملة اخذ بقول السيد ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ولا يقبل اقرار غير المأذون بحال ولا حد وهل يتعلق بذمته نظر (متن)

لا يثبت به الملك الذي عليه يد شخص آخر فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده وخروج املاكه عنه بتصرفه نعم لو اعتبرنا في الشيعاء حصول العلم بالاخبارات اتجه ذلك لانه اقوى من البينة وان اريد جواز المعاملة بسببه بحيث يرتفع المنع فهو متجه لكن اشتراط حصول الشيعاء لجواز ذلك لا وجه له بل لا يبعد الاكتفاء بنجر الواحد العدل اذ الاصل في اخبار المسلم الصحة وقد تأكد بالعدالة بل لو اخبر من ائمه خبره الظن امكن القبول اذ ليس ذلك باقل من خبر من يدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله ولبس باقل من خبر الصبي في الهدية ولو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه انتهى (قلت) مراد المصنف الاحتمال الثاني بناء على كفاية الشيعاء فيما يعسر الاطلاع عليه والعلم به وان كان غير السبعة المشهورة اعني النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق والولاية وهو خلاف الاصل وخلاف المشهور فالاصح عدم قبوله في المقام والا لقبول في الحر كما عرفت آنفا والاكتفاء بنجر المسلم العدل انما هو في الامور العامة كالرواية او الخاصة المتعلقة بنفسه الا الامور الخاصة المتعلقة بغيره والاكتفاء بالظن مطلقا يقضي بالقبول لو حصل من الفاسق أو الفاسقة بل لو حصل من مجرد دعواه بل قد يحصل الظن من دون دعوى ولا خبر واثبات الحكم الشرعي بمثل ذلك لا يقول به أحد سواء كان الحكم جواز معاملته أو غيرها والوكيل كما عرفت آنفا تجوز معاملته على ظاهر الحال والصبي خرج بالدليل فلا يقاس عليه غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل ﴾ لانه اقرار على نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قال السيد لم احجر عليه احتمل أن لا يعامل لانه العاقد والعقد باطل بزعمه ﴾ هذا أصح الوجهين عند الشافعية لانه غير قاصد الى عقد صحيح (ورد) بان الشرط لصحة العقد هو القصد اليه لا القصد اليه من حيث كونه صحيحا للقطع بصحة مبايعه من ينكر صحة بيع الغائب من العامة ولجواز المتعة بالمرثه من المخالفين وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه ان قصد الى العقد ولم يقصد أيقاعه باطلا صح ولا يلتفت الى قول العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمعاملة اخذا بقول السيد ﴾ هذا هو مذهبنا كما في التذكرة لان الحجر حق السيد ولا يعتبر رضی العبد كما لا يعتبر رضاه في ثبوت الاذن له اذا اذن له فلا يعتد بمخالفته لان السيد أحق بنفسه منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ﴾ لان العقد له والعبد نائب عنه وعبارته مستعارة فكأن السيد هو البايع والقابض للثمن والحاصل ان العبد لم يقبضه الا للسيد ويده ضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يقبل اقرار غير المأذون بحال ولا حد ﴾ قد تقدم أن اقراره بالمال لا يقبل لانه اقرار في حق المولى واما الحد فيأتي قريبا انه لا يقبل اقراره فيه وقد يوجد في بعض النسخ في مال لا حد بدون واو وهذا القيد يمنع العموم لان المال المقربه لنحو المسجد والبقعة لا يقبل اقراره فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يتعلق بذمته نظر ﴾ أقربه التعلق كما هو خيرته في التذكرة وباب الاقرار من الكتاب وخيرة ولده في الايضاح وفي (جامع المقاصد) انه الحق قلت هو خيرة اقرار المبسوط والسرائر والجامع والشرائع

ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا او مالا ولا بالحد (متن)

والتحريم والارشاد والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ونهاية المرام والكفاية للقطع بكونه كامل التصرف لولا حق المولى فلا يخرج بذلك عبارته عن الاعتبار فتعد لغوا ولعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والعبد منهم فيواخذ به بعد العتق وقال في اقرار الكتاب لو قيل كان وجها فكأنه متردد كما هنا وستعرف وجه تردده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا او مالا ﴾ كما في التذكرة والتحريم وجامع المقاصد واقرار الكافي والجامع والشرائع والنافع والكتاب وقصاص الكتاب وفي (أقرار المبسوط) لا يقبل أقراره بحد عندنا وفي (الخلاف والغنية) الاجماع على انه لا يقبل اقراره بعقوبة ولا مال ونفى عن ذلك الخلاف في المسالك وفي (الكفالية) انه لا يعرف فيه خلافا لانه اقرار في حق مولاة وقد سئل ابو محمد الواشبي مولانا الصادق عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جنانية تحيط برقبته فاقر العبد بها فقال عليه السلام لا يجوز اقرار العبد على سيده فما رواه العامة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قطع عبدا باقراره فممنوع وقال في (التذكرة) انما قطعه بالبينة ومعنى عدم قبول أقراره انه لا يقتض منه ما دام مملوكا ولا يطالب بالمال سواء كان مأذونا في الاستدانة والتجارة أولا فاذا اعتق فان كان الاقرار يوجب القصاص استوفى من العبد بما يقتضيه أقراره كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يفت في اقرار الدروس بشيء قال وقيل يتبع بالجناية ايضا ولعله أشار الى ابن أدريس في السرائر وفي أقرار (جامع المقاصد) لا أرى به بأسا الا في الحد لانه مبني على التخفيف ودرته بالشبهة وقد فهم ذلك من اطلاق عبارة أقرار الكتاب ولم يظهر لي ذلك منها بل لاشعار فيها بذلك ووجه أخذه باقراره انتفاء المانع وانه يؤخذ به في المال كما يأتي ووجه العدم سقوط ما وقع منه من الاقرار شرعا ولانه ربما كان غرضه من الاقرار تعريم المولى أو ادخال النقص على المولى بقلة الرغبة فيه وان كان الاقرار بما يوجب المال فانه يتبع به اذا اعتق وايسر بخلاف المحجور عليه للسفه فانه لا يلزمه حال الحجر ولا بعد فكه لان ذلك تضييع لماله في أحسن احواله وهذا انما رددنا اقراره لحق سيده فاذا زال حقه ومالك المال الزمناه حق اقراره وهو المحكي عن المبسوط وخيرة اقرار جامع المقاصد وحجره وقد عرفت آنفا المصرح بذلك فيما اذا أقر بالمال وفي أقرار الكتاب لو قيل به كان وجها (حسنا خل) ولعله لان في نفوذه بعد العتق نقضا على المولى لقلته الرغبة فيه لان ضمان شيء في حال الحرية يزاحم الارث بالولاء (وفيه) ان ذلك لا ينظر اليه اذ مجرد حصول الحرية مظنة للتصرفات المانعة من الارث بالولاء أو المنقصة له وأما اقراره بالخطأ فنحننا انه لا يقبل اقراره لانه اقرار في حق مولاة كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بالحد ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وقد سمعت ما حكيناه عن المبسوط وما ذكر بعده آنفا من الاجماع وفي حدود الكتاب انه ان أقر بالزنا لم يحكم عليه بشيء وانه ان أقر بالسرقه لا يقبل اقراره وفي (الخلاف) الاجماع عليه في الثاني أي ما اذا أقر بسرقة وقال مولانا الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل اذا أقر العبد على نفسه بالسرقه لم يقطع وخصه الصدوق بمن يريد الاضرار بسيده لما في حسنة ضربس عن أبي جعفر عليه السلام ان العبد اذا أقر على نفسه عند الامام مرة قطعه وهو شاذ قد حمه الشيخ على اذا انضاف الى الاقرار الشهادة

ولو صدقه المولى في ذلك فالاقرب النفوذ **الفصل الرابع في المريض** ﴿ ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاياة فلا تمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي (متن)

ويتبع بالمال بعد الحرية كما في التذكرة والتحرير ونفى عنه العبد في جامع المقاصد وهو خيرة حدود الكتاب وهل يقطع وجهاً من ارتفاع المانع ومن اندرائه ابتداء وهو الذي رجحه في اقرار جامع المقاصد واما في حد الزنا فقد قرب في الكتاب الثبوت لزوال المانع وهو كذلك ووجه احتمال عدم انه أقرحين لم يكن عبرة باقراره فهو كما اذا أقرصياً ثم بلغ والفرق واضح وقد بينى الوجهاً على أن تعلق حق المولى به مانع السبب كالأبوة المانعة من القصاص والرضاع المانع من النكاح أو مانع الحكم كالدين المانع من وجوب الخمس في المكاسب والظاهر انه من قبيل الثاني لان تعلق حق المولى لا يخلل بحكمة السبب وإنما يناقضها مع بقاء الحكمة في الحدود فهو كالحليلة الموطوءة بشبهة فان عدتها لا تحرمها على زوجها وان حرم وطؤها لمكان العدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صدقه المولى في ذلك فالاقرب النفوذ ﴾ أشار بقوله في ذلك الى ما سبق من القصاص والحد وما قر به هنا خيرته في التذكرة وحدود الكتاب في الزنا والسرقه جازما به فيما وفي (قصاص الكتاب) انه الاقرب كما هنا وفي اقراره جزم بالجميع أعني قبول اقراره بالمال والحد والجناية بأقسامها وفي (اقرار الغنية والسراير) نفى الخلاف في ذلك وفي (المسالك والكفاية) انه لا اشكال في ذلك لانتفاء المانع وان الحق لا يبدوها ويحتمل ضعيفا لعدم لاحتمال سلب الاهلية ولان المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاص عليه وليس بشيء لان المثبت اقراره وقد زالت مانعية حق المولى بتصديقه وتام الكلام في هذه المسائل في باب الاقرار ﴿ الفصل الرابع في المريض ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاياة فلا تمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي ﴾ مشهور كما في المهذب البارع وهو الاظهر في فتاوي أصحابنا كما في ايضاح النافع وعليه الفتوى كما في التنقيح وعليه عامة المتأخرين كما في حجر المسالك والاكثر وسائر المتأخرين كما في وصاياه وعليه المتأخرون كما في غاية المراد وجمع البرهان والنصوص به متواترة كما في جامع المقاصد (١) وفي موضع آخر منه انه قد دلت عليه صحاح الاخبار وفي (المفاتيح) ان الاخبار به أكثر وأشهر وقد حكاها المصنف في المختلف والشهيد في غاية المراد عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط وظاهر كلام الشيخ في الخلاف وتبعهما من تأخر عنهما في الحكاية عن هؤلاء واستعرف الحال في ذلك كله نعم لا ريب ان المحقق ومن تأخر عنه مطبقون على ذلك

(١) اقول قد تبع المصنف على نسبة دعوى التواتر الى جامع المقاصد تلميذه صاحب الجواهر ونحن قد تأملنا عبارة جامع المقاصد فوجدناه لم يدع ذلك وان أوهمته عبارته في بادي النظر وهي قوله في مسألة من أوصى بعتق مماليكه وعليه دين أن نفوذ تصرفات المريض في الثلث ثبت بالنص تواترا الى آخره فانه لا يبعد ظهورها في ارادة التصرف بالأبصار ويؤيده عدم دعواه التواتر في باب الوصايا الذي بسط فيه الكلام في المنجزات مع أنه احوج اليها ولا في باب الحجر واقتصر على دعوى دلالة صحاح الاخبار (لمحرره محسن الحسيني العاملي)

الامن ستعرفه لكن المحقق والمصنف والشهيد في موضع من النافع والارشاد وغاية المراد وموضع من المسالك لم يرجحوا واحدا من القولين وكذا الشيخ في موضعين من المبسوط أحدها باب الوقف والراوندي في فقه القرآن وفي عتق الغنية العتق في مرض الموت من أصل التركة ان كان واجبا وان كان تبرعا فهو من الثلث وقد يظهر منه دعوى الاجماع عليه وقد يتوهم من ذلك انه يخالف ما يأتي من ان المنجزات من الاصل وليس كذلك لان هذا في الوصية وبمثل ذلك قال في الخلاف وصرح بانه في الوصية (والقول) بأنها أي المنجزات من الاصل خيرة (الكافي والكليني خ) (١) والفقهاء والمقنعة والانتصار والتهديب والاستنبصار والنهاية والخلاف في مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا والمبسوط في موضع منه والمهذب فيما اذا اعتق في الحال والوسيلة والغنية في موضعين منها والسرائر في ثلاثة مواضع وجامع الشرائع في باب الوقف وكشف الرموز وجمع البرهان في باب الحجر والكفاية والوافي والوسائل والهداية والرياض وهو المحكي عن الكليني والقاضي أيضا واعلم وجه حكايته عن ثقة الاسلام هو انه عقد باب صاحب المال أحق بماله مادام حيا ثم ساق الاحاديث الدالة عليه خاصة ولم يذكر شيئا من روايات القول الآخر وهو لازم لسائر كما ستسمع وهو ظاهر نكت النهاية وفي (كشف الرموز) انه مذهب الاكثر وفي (الرياض) انه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لاشبهة فيه جدا وفي موضع من السرائر انه الصحيح من المذهب التي تقتضيه الاصول وفي موضع آخر وهو باب الوصية قال انه الاظهر في المذهب وعليه الفتوى وبه العمل لان للانسان التصرف في ماله ونفقة جميعه في مرض الموت بغير خلاف وفي (هبة الانتصار والغنية) الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر مهور السرائر أيضا كما ستسمع قال في (الانتصار) مما انفردت به الامامية ان من وهب شيئا في مرضه الذي مات فيه اذا كان عاقلا مميذا تصح هبته ولا يكون من ثلثه بل يكون من صلب ماله وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث (دليلنا) الاجماع المتردد ومثله معقد اجماع الغنية بدون تفاوت وقال في (مهور السرائر) والصحيح من المذهب ان العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لامن الثلث لانه لاخلاف ان له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه فلو كان ما قاله بعض اصحابنا صحيحا لما جاز ذلك ولما كان تصح منه النفقة بحال انتهى وتدل عليه الاخبار الكثيرة وقد عقد له في الوافي بابا وسرد فيه أحد عشر خبرا (منها) الموثق المروي في الكتب الاربعة عن ابن أبي عمير عن مرزوم عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الا الثلث كما في الفقيه وبعض نسخ الكافي وفي (التهديب) فان قال بعدى مكان فان تعدى وهو أوفق بقوله يبين فانه من الابانة وهي العزل عن ماله وتسليمه الى المعطى له في مرضه وفي بعض نسخ الكافي هكذا قال قلت له الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به قال نعم فان أوصى به فليس له الا الثلث وهو المناسب لما في التهديب وفي (الخبر) الصحيح الى صفوان عن مرزوم

(١) الموجود في بعض النسخ وهو خيرة الفقيه والمقنعة الى آخره ولعلها هي الاصح فإنه سينسب ذلك الى الكليني بطريق الحكاية عنه وأما الكافي فان اريد به كتاب الكليني فلا يجتمع النقل عنه مع النقل عن الكليني وان اريد به كافي ابي الصلاح فكان الازم تأخيره عن الكتب التي بعده مما هو متقدم عليه في الزمان كما هي عادة الشارح فتأمل (لمحرره محسن)

عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال اذا بان فيه فهو جائز وان أوصى به فهو من الثلث وفي (الحسن) بابراهيم عن أبي شعيب المحاملي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الانسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه وفي (خبر) أبي بصير ان لصاحب المال أن يعمل به ماشاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت فان أوصى به فليس له الا الثلث انى غير ذلك من أخبار الباب المذكورة في الوافي ويدل عليه أيضا غير أخبار هذا الباب صحيحة محمد بن مسلم في الفقيه والتهديب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث قال بمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي وحسنه في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق وهاتان واضحتان سنداً ودلالة ولمل الثانية أوضح دلالة بحيث لا مجال للمناقشة فيها فلا تلتفت الى مقاله الشهيدان والمحقق الثاني والكاشاني من أن الاخبار به غير صحيحة ولعل هذا هو الذي جراهم وغيرهم على المخالفة لقدماء الاصحاب العالمين بالسيرة واستمرار طريقة الشيعة ومنهم خرجت الاخبار وبهم عرفنا السيرة والاثار مضافا الى ماسمته من الاجماع والشهرة في المتقدمين المتقدمة في مثل المقام على الشهرة المتأخرة مضافا الى الاصل بثلاثة معان والاستصحاب واصالة صحة العقود وأدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا وتقالا وسنة واجماعا وعموم أدلة صحة الهبة والعتق والمحابة مثلا لو فعلها في مرضه مضافا الى اطلاق العامة على القول بأنها من الثلث كما في الانتصار والمبسوط والسرائر وظاهر الغنية والتذكرة والرشد في خلافهم فالأخبار المخالفة وان صح بعضها تحمل على التقية أو على الوصية أو على الاستحباب وان الاولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصية (ومنها) صحيحة علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام مال الرجل من ماله عند موته قال الثلث والثالث أكثر وصحيحه يقوَّب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال ثلث ماله وللرأفة أيضا ونحوه صحيحة أبي بصير وفي رواية عبد الله ابن سنان باسناد فيه محمد ابن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال للرجل عند موته ثلث ماله وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه وهذه الاخبار قابلة للحمل على الوصية كما قاله الشهيدان وغيرها وفي الاخير اشعار أو ظهور بذلك على ان الاول والثالث قابلان للحمل على التقية لمكان علي بن يقطين وعبد الله بن سنان وأما خبر علي بن عتبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت وأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه الا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحق به ولهم ما بقي وهذه وان كانت متضمنة للعتق خاصة الا أنه لكونه سببا في التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى والقول بأنها مخصوصة بالعتق خرق للاجماع المركب اذ لا قائل بالفصل كما في غاية المراد فيمكن حمله على الوصية لان حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق ويجوز نسبة العتق اليه اكونه سببه القوي بواسطة الوصية لكن في كشف الرموز ان الخير مخصوص بالعتق فلا يعم ولعله نظر الشهيد اليه ومثله خبر الحسن بن الجهم وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال ان أعتق رجل خادما ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتق الخادم من ثلثه الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية ولا يخفى ان قول الراوي أعتق لعله ظاهر في أنه أوصى بالعتق كما يشهد له قوله ثم أوصى بوصية أخرى وقد وقع اطلاق الاعتاق على الوصية في بعض عبارات الاصحاب كالحلاف والغنية وغيرها وفي صحيحة

عبد الرحمن الطويلة وجعل ذلك قرينة صارقة عن المعنى الحقيقي للاعتاق وهو المنجز الى الاعم منه ومن الوصية ليس بأولى من جعلها صارقة الى المجاز الاخص وهو الوصية خاصة والاصل والظواهر ترجح الثاني وأما خبر أبي ولاد (ففيه) ان مضمونه لا يقول به أحد كما في المسالك لان الابرأ مما في الذمة صحيح بالاجماع كما في المسالك أيضا دون هبته والحكم في الخبر بالعكس حيث قال في الرجل يكون لامرأته عليه دين قبروه منه فقال بل تهبه وأما ما استدلوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخرة عن الموت لاتنفذ الا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة فهو مبني على العلة المستنبطة مع انه قياس مع الفارق لان الانسان مادامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا كذلك الوصية بعد الموت وبه يجاب عن قولهم لولا كون المنجزات من الثلث لاختلفت حكمة حصر الوصية في الثلث لانه لولا ذلك لاتنجا كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فتختل الحكمة وأنت خبير بأن الخوف من البرء يمنع عن الزيادة بخلاف ما بعد الموت فلا اختلال وهذا حاصل بالوجدان ثم على تقدير كون العلة منصوفة في الدليل الاول فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل وهو النظر الى الورثة والشفعة عليهم فينبغي أن يحجر عليه أيضا والفرق بان المال حال المرض في قوة ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح فغير صحيح فكم من مريض عاش أكثر من صحيح على انه ربما كان في حال الطاعون أو المرامات التي يغلب معها الظن بالتلف أبلغ من المرض واستوضح ذلك في الوصية فان الشارع لم يفرق فيها بين الصحيح والمريض فمنهما الا من الثلث ولما كانت منجزات الصحيح من الاصل ولا حجر فتسكن كذلك في المريض ولعل هذا أنسب بالحكمة اذ ليس ببعيد أن يكون الوجه في الفرق بين الوصية والتنجيز سهولة اخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجري عليه مع حفظه له وشحه عليه لما كان حقه وماله وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي صحيحا كان أو مريضا لان البرء ممكن بل المريض لا ينقطع رجاءه من الحياة الى حال الاحتضار والشح بالمال حينئذ بالجملة حاصل فيكون كتصرف الصحيح حينئذ بماله لا مال غيره (ثم ان الضابط) عندهم في المنجزات التي هي محل الخلاف انها ما استلزمت تقويت المال على الوارث بغير عوض والمشهور عندهم على الظاهر انه لا يشترط في حصول المرض أن يكون مخوفا للعمومات من غير تخصيص كما هو خيرة المحقق والمصنف والمقصد وغيرهم وما نسب الخلاف الا الى الشيخ في المبسوط لرواية علي بن يقطين المتقدمة فان فيها عند الموت وذلك لا يكون الا بأمانة الموت وحملوه على ان معناه اذا حصل الموت وهو أعم من الخوف وغيره فعلى هذين الاصلين أعني الضابط والمشهور يجب على كل من مرض أن يأخذ ظمورا ويكتب فيه جميع ما يهديه الى الطبيب وما يتصدق به طلبا للعافية وما يصل به رحمه وما يتحف به العائدين له من بلد الى بلد من كسوة واطعام كما هو متعارف في بعض البلدان الى غير ذلك مما نعلم أن أصحاب هذا القول لا يعملون به الا أن تقول ان هذا مستثنى وان أطلقوه ولم يصرحوا به وعلى تفصيل الشيخ في المبسوط يرون الخطب في الجملة وينبغي أن يستثنوا مهر مثل المنكحة بالعقد الصحيح مع الدخول كما هو ظاهر المبسوط وصرح المصنف وقد تردد فيه المحقق وان يستثنوا ما باعه بثمن المثل لجريان العادة به ويجبي على قولهم قيام احتمال كون ذلك من الثلث لتعلق غرض الورثة بأعيان الاموال ككتب العلم ونحوها وهو اختيار المصنف لكنه قال اذا أوصى ببيعه كان من الثلث وفي الفرق نظر اذ الاعيان ان اعتبرت كانت من الثلث فيها والا فمن الاصل فيهما وما اذا أعار ماله فانه قد فوت عليهم أجرته وما اذا خصص بعض



الغرماء بالايفاء لانه اخراج لبعض ماوجب عليه مع احتمال العدم لتساويهم في الاستحقاق لكنه ضعيف وما نذره في مرضه لعموم ما دل على اخراج كل واجب من الاصل لكن الاقوى على قولهم العدم كتعلق النذر بمال ممنوع منه وما اذا زوجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فانه يرثها فتكون قد فوتت بعض المال بدون عوض مقابل ولذلك ونحوه جعل في غاية المراد في المسئلة قولاً ثالثاً وهو كونها من الثلث الا في مواضع بل له ذلك كله لكنهم ما بهم اختلفوا في الاقرار على أقوال شتى مع ان كل من قال ان المنجزات من الاصل يلزمه القول بكون الاقرار من الاصل وكذلك كل من قال انها من الثلث يلزمه القول بأنه من الثلث كما قاله في المهذب البارع لكننا قد تأملنا في ذلك في باب الاقرار وأوضحناه فليراجع وكيف كان فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال والا أكثر منهم انه من الاصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث الا أن تقول انما قادهم الى ذلك ضرورة الجمع بين الاخبار (قات) ليس في أخبار هذه المسئلة ما يدل على انه مع التهمة يكون من الثلث نعم في الصحيح عن امرأة استودعت رجلاً مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي أودعته اياك لفلانة وماتت المرأة وأتى أولياؤها الرجل فقالوا انه كان لصاحبتنا مال ولا نرى مالها الا عندك فأحلف لنا ما لنا قبلك شيء أحلف لهم فقال ان كانت مأمونة فيحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه أشعار بذلك اذ وضع الحق على ما كان ظاهر في عدم نفوذ الاقرار في شيء مطلقاً ولا ينافيه التعليل بأنها لها من مالها ثلثه لعدم تصريح فيه ولا ظهور في النفوذ من الثلث نعم ربما كان فيه اشعار مابه ويبقى الكلام في بيان وجه التعليل ويمكن بيانه واحتمال عود ضميرها الى فلانة بعيد جداً فلم يكن في الاخبار ما يدل صريحاً أو ظاهراً على انه ينفذ من الثلث مع التهمة الا أن تقول قد اتفقت كلمتهم على أن المقر له لا يحرم كما يستفاد من الاقوال في المسئلة واتفقت على اعطائه من الثلث مع التهمة وان اختلفت في الزيادة عليه على أقوال وحينئذ يمكن الاستدلال عليه بمفاهيم الاخبار الآتية كصحة منصور والموتمة وكيف كان فقد واقفوا أصحاب القول الثاني فيما اذا كان مأموناً (فان قلت) هذا مشترك الازام فان الشيخ في النهاية فصل في الاقرار بين التهمة وعدمها في الاخراج من الاصل والثلث وكان الواجب أن يقول من الاصل مطلقاً بناء على ما اختاره في المنجزات فكان موافقاً لذلك القول فيما اذا كان متهماً (قلت) هو الشيخ في النهاية لا غير لان كانت متون أخبار والا فهذا سلال وابن ادريس وكاشف الرموز على انه من الاصل وهو ظاهر اطلاق الخلاف والغنية مدعين عليه الاجماع وبعد ذلك كله فقد يقال في ترجيح القول الاول ان القائل بالثاني قليل اذ الصدوق والشيخ قد اختلف فتاواهما فانحصر الخلاف في المفيد والسيد بن القاسمي وابن حمزة وابن ادريس وكاشف الرموز وهو من المتأخرين وظاهر الكليني ويوهن اجماعاتهم مصير المتأخرين عنهم الى خلافها ولو كان الامر كما ذكره ماخفي عن المتأخرين لانه ليس من الاحكام النادرة الوقوع مضافاً الى ضعف اخباره ثم انها عامة وأخبار القول الاول خاصة والخاص مقدم مضافاً الى أخبار العتق وأخبار الاقرار في مرض الموت وانه من الثلث ان كان متهماً اذ لو لم يكن محجوراً عليه لما احتاج الى الاتهام مضافاً الى ما ذكره من موافقة الاعتبار (هذا) أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح القول الاول وأنت قد عرفت الحال في ذلك كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير اليه بحيث يخصص أصول المذهب وقواعد الشريعة واستمرار السيرة مضافاً الى اعتضاها بالاخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامة الغير القابلة للتأويل

بشرط موته في ذلك المرض واقاراه كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي  
او لو ارث على رأي ( متن )

المعتزدة بالشهرة المعلومة والمنقولة بين المتقدمين المتعاضدة بالعمومات كتابا وسنة وبالاجماع المتكررة  
من الدين لا يعملون الا بالقطعيات وناهيك بعلم الهدى حاكيا وناقلا وبالاعتبار كما بيناه مع التأييد بأنها  
لولا صحتها لما الزمت بالبرأ والتالي باطل اجماعا مستفيضا والاتجاء الى القول بأن البرأ كاشف عن  
الصحة واللزوم والموت كاشف عن البطالان فرع وجود دليل على ذلك حتى نخرج به عن الاصول  
ونجمله كالفضولي مضافا الى جميع ما يلزم ذلك القول من استثناء ما عرفت أبعد هذا من توقف ولا  
أقل من التوقف والاحتياط (ويانه) انه ان كان في الورثة يتيم جعلناها من الثلث وان كانت العطية والهبة  
لنتيم قلنا انها من الاصل لان الفقيه اذا كان متوقفا كان في العمل والفتوي مخيرا مع أولوية ترجيح  
جانب الاحتياط ﴿ قوله ﴾ بشرط موته في ذلك المرض ﴿ فلو بريء من مرضه ذاك ثم مات  
في مرض آخر نفذت اجماعا مستفيضا في كتب الاستدلال بل هو منقول في الشرائع ﴿ قوله ﴾  
﴿ واقاراه كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي أو لو ارث على رأي ﴾ في المسئلة  
أقوال هذا أحدها وقد نسبه الشهيد الثاني والحراساني والكاشاني الى الأكثر وهو خيرة الشيخ في  
النهاية والقاضي والمحقق في الشرائع والمصنف في كتبه في عدة مواضع من بعضها والشهيد في الدرر  
واللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني في عدة مواضع من جامع المقاصد وغيرهم وقد نسبه الشهيد  
الثاني وغيره الى المفيد وقد عرفت مستندهم في الشق الاول والحال فيه وأما الشق الثاني فاستندوا فيه  
الى صحيحة منصور بن حازم عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديننا فقال ان كان الميت مرضيا  
فاعطه الذي أوصى له ونحوه الموثق وقد يستدل بمفهومه على الشق الاول لان عقاد الاجماع على انه لا يحرم  
فيتعين أن يكون اعطاؤه لامن الاصل والاتحاد المنطوق والمفهوم (والقول الثاني) انه أي الاقرار  
ينفذ من الاصل في الوارث والاجنبي مطلقا وهو خيرة الكافي والمراسم والغنية والسرائر والجامع وكشف  
الرموز وفي (اقرار السرائر) الاجماع عليه واستدل لهم عليه في وصايا السرائر بان الاجماع منعقد على ان  
اقرار العقلاء على أنفسهم جائز واستدل عليه غيره بانه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه في حال  
الصحة ولا يمكن التوصل اليه الا به فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة وبقي المقر له ممنوعا من حقه  
وكلاهما مفسدة قبول قوله أو فوق بمقتضى الحكمة الالهية (وقد يقال) ان العموم مخصوص بالاخبار المتقدمة  
في الشقين والتعليل قد يمنع باحتمال مجرد حرمان الورثة مع عدم كون ذمته مشغولة بشيء والانصاف  
ان هذا القول ظاهر الخلاف أو صريحه كما فهمه ابن ادريس وكاشف الرموز لا كما فهمه منه في المختلف  
كما ستسمع قال في (الخلاف) اذا أقر بدين في حال صحته ثم مرض فافر بدين آخر في حال مرضه  
نظر فان اتسع المال لهما استوفيا معا فان عجز المال قسم الموجود منه على قدر الدينين وحكاه أيضا عن  
المبسوط (الثالث) أنه يعضي من الاصل مع العدالة وانتفاء التهمة مطلقا ومن الثالث مع عدم الشرطين مطلقا  
وقد نسبه في غاية المراد الى الشيخ في النهاية والقاضي ورواية الصدوق في الفقيه والموجود في النهاية  
اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبي والوارث اذا كان مريضا موثوقا بعدلته فان كان غير موثوق  
به وكان متهما فان لم يكن مع المقر له بينة أعطي من الثلث وهذا يصدق ما حكيناه أولا عن الشيخ في

وإذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي والاقرب الحاق مال السلم والجنانية به (متن)

النهاية والقاضي والظاهر ان مراده من الموثوق بعداته غير المتهم وما أشار اليه في رواية الفقيه فهي صحيحة منصور بن حازم وقد سمعتها آ نفا وقال المحقق الثاني ان تصريح بعض الاصحاب باعتبار العدالة محل تردد وليس في الاخبار ما ينهض حجة على اعتبارها (قلت) المصنف في التذكرة قوى اعتبار العدالة وجعلها هي الرافعة للثمة ولعله فهمه من خبر منصور من قوله عليه السلام ان كان الميت مريضا ولعل الاولى حمل التهمة على معناها وهو الظن المستند الى القرائن الحالية والمقالية الدال على أن المريض لم يقصد الاخبار بالحق وانما قصد تخصيص المقر له أو منع الوارث والتهمة بهذا المعنى قد نجاع العدالة لان مناطها الظن بما ذكر وهو لا يرفع العدالة الثابتة التي لا تزول بالظن (الرابع) انه ان كان عدلا مضى من الاصل والا فمن الثلث (الخامس) تعميم الحكم للاجنبي بكونه من الاصل وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة فان كان متهما كان بحكم الوصية وهو قول ابن حمزة في الوسيلة (السادس) التفصيل بالتهمة وعدمها للاجنبي في الماضي من الثلث والاصل وللوارث من الثلث مطلقا وهذا للمحقق في النافع وأعترف المقداد بعدم معرفة قائل به غيره قلت قد وافقه بعد المقداد صاحب ايضاح النافع (السابع) انه يمضي من الثلث في حق الوارث مطلقا وهو قول الصدوق في المتعم (الثامن) قال الشهيد أطلق الشيخ في الخلاف محاصة الأجنبي للديان اذا قرله في المرض وصحة الاقرار للوارث ولم يبين كيفيته قال شيخنا يعني المصنف في المختلف مراده ما فصله في النهاية وهو رد على ابن ادريس حيث قال انه رجع عن ذلك في الخلاف فليتأمل في كون ذلك قولاً وقد سمعت ما استظهرناه من الخلاف (التاسع) ما قاله المفيد في المقتنة من انه ان أقر بدين كان اقراره ماضيا عليه أي من الاصل وان كان عليه دين محيط بما في يده فاقربان ما في يده وديعة قبل اقراره ان كان عدلا مأمونا وأن كان متهما لم يقبل اقراره وقال ان الوارث والاجنبي سواء (العاشر) قول التقي في الكافي اذا كان الاقرار من حر كامل العقل سليم الرأي مريضا كان أو صحيحاً فان كان مبتدأ أي من دون تقدم دعوى وكان غير مأمون لم يمض اقراره وأن كان مأمونا مضى اقراره انتهى فقد جعل المدار في الصحة والبطالان على التهمة وعدمها من دون فرق بين الصحيح والمريض فليتأمل فانه مخالف لما عليه الاصحاب فان اقرار غير المأمون نافذ الا ان يكون مريضا والاخبار في المقام كأنها متشابهة ففي صحيحة الحلبي عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أجوز ذلك قال نعم اذا كان مليا وقد سمعت خبر منصور حيث قال عليه السلام فيه اذا كان مريضا ونهوه الموثق وفي صحيح اسماعيل بن جابر قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين عليه قال يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث وفي صحيح أبي ولاد مثله من دون تفاوت الا انه قال فيه يجوز ذلك ولم يتعرض فيه لثلث ولا لما دونه وصاحب ايضاح النافع قال المراد من قوله عليه السلام اذا كان مليا ما كان دون الثلث قلت لعل المراد اذا كان الوارث الذي أقر له مليا لان ملأته قرينة على صدقه أو المقر ويكون المراد مليا بالصدق والامانة مجازا أو في الثلث وما دونه بان تبقى ملأته بالثلثين بعد الاقرار بالثلث وعن الصحاح ملؤ الرجل صار مليا أي ثقة وتام الكلام في المسئلة وفروعها في باب الاقرار - قوله - وإذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي والاقرب الحاق مال السلم والجنانية به - اما حلول ما عليه فعليه أجماع

ولا يحمل المؤجل بالحجر وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال (متن)

الفرقة بل اجماع المسلمين وخلاف الحسن البصري قد انقرض كما في الخلاف وبلا خلاف الا من الحسن البصري كما في الغنية وعليه الاجماع في جامع المقاصد والظاهر انه لا خلاف فيه كما في الكفاية وبه طفحت عباراتهم في المقام وفي باب الفلوس حيث قالوا لا تحمل ديونه المؤجلة بالتحجير عليه بخلاف الميت ولا فرق في دينه بين مال السلم والجنانية المؤجلة عليه وغيرهما عملا باطلاق النصوص والاجماع والفتاوى وكون أجل السلم يقتضي قسطا من الثمن وأجل الجنانية بتعيين الشارع وبه يتحقق الفرق بين الجنائيات لا يدفع عموم النص ففي خبر ابي بصير اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين وفي خبر السكوني انه قال اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين وفي مضمره الحسين ابن سعيد اذا مات فقد حل مال القارض وقد سماها في الكفاية بالصحة وهي كذلك لولا الاضمار وعموم تأجيل الدية ومال السلم لا يعارض هذه العمومات أعني عمومات حلول الدين كما في الايضاح لأنها خاصة بالنسبة اليه لان الدية ومال السلم فردان من الدين ولو تم ذلك لكان طريقا الى بقاء الاجل في كل فرد وفي (الايضاح وحواشي الشهيد) أن الاقوى أن مال السلم لا يحمل بموته واما عدم حلول ماله من الدين ففي الخلاف أنه لا خلاف فيه بين المسلمين وفي (الغنية) نفي الخلاف فيه وهو خيرة المبسوط وجمهور من تأخر عنه وفي (النهاية) أنه يحمل ماله وبه قال أبو الصلاح والقاضي والطبرسي حكاه عنهم في المختلف استنادا الى خبر ابي بصير وقد سمعته وأنه كما لو مات من عليه والرواية ضعيفة مرسلة والفرق بين موت من عليه ومن له انا ان أمرنا الورثة بالتصرف لزم الضرر على صاحب الدين والميت وأن منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا لذلك بخلاف موت من له الدين (وقال) علم الهدى في الناصريات لا أعرف الى الآن لاصحابنا فيها نصا معينا وفتها الامصار كلهم يذهبون الى ان الدين المؤجل يصير حالا بموت من عليه الدين ويقوى في نفسي ما ذهب اليه الفقهاء ويمكن ان يستدل عليه بقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين علق القسمة بقضاء الدين فلو اخرجت تضررت الورثة ولانه يلزم انتقال الحق من ذمة الميت الى ذمة الورثة والحق لا ينتقل الا برضا من له أنهى ﴿ قوله ﴾ ولا يحمل المؤجل بالحجر ﴿ للاصل مع عدم الدليل وعدم القول بالقياس ﴾ قوله ﴿ وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال ﴾ قد استوفينا بلطف الله سبحانه وتعالى الكلام في المقام في باب الرهن عند قوله ولو رهن الوارث التركة وهناك دين الى آخره وبلغنا فيه ابعاد الغايات وقد قلنا عن جماعة كثيرين ان التركة تبقى على حكم مال الميت ونقلنا عن جماعة نسبتها الى الاكثر وعن السرائر نفي الخلاف في ذلك واكثرنا من الادلة عليه وقلنا انا لم نجد مصرحا بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد عن السيد الرضى أخي علم الهدى رضي الله عنهما والا ما يظهر من رهن الكتاب وجامع المقاصد حيث قربا صحة رهن الوارث التركة لكنه في جامع المقاصد رجع عنه هنا أعني في الباب وبيننا ان القائلين بان التركة تنتقل الى الورثة جم غفير وأن ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه وأن اصحاب هذا القول جزموا الا من قل فيما اذا أستوعب الدين التركة بانه يتعلق بها تعلق الرهن

و يظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الاول دون الثاني . ( متن )

بالدين وإنما ترددوا بين الامرين فيما اذا لم يستوعب كما ان جماعة في غير المستوعب على ان التعلق فيه كتعلق الرهن وبيننا ان جماعة منهم فجز الاسلام والمحقق الثاني في المقام على انه تعلق مستقل ووجه ان تعلقه كتعلق الارش ان الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث ولا يلزمه الضمان كما لا يلزم المولى ضمان لو تلف الجاني لا من قبله وان تعلقه بالتركة لا باختيار المالك كما ان تعلق الارش برقة الجاني كذلك وانه ليس للمدين الا اقل الامرين من الدين والتركة كما ان المجني عليه ليس له الا اقل الامرين من الارش وقيمة الجاني وليس الراهن كذلك في شيء من الامور المذكورة ووجه الثاني أن هذا التعلق ناشئ عن دين سابق في ذمة من كان ما لكا وانه يسقط بالاداء والمساوي في ذلك دين الرهن وضعفنا بان مشابهته لكل من الارش ودين الرهن تقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منهما وان مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساوات في المساهمة ليشتركا في باقي الاحكام **قوله** ﴿ ويظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الاول دون الثاني ﴾ قد ذكرنا في الموضوع المشار اليه آنفا فيما اذا كان الدين مستوعبا ان القائلين بان التركة تبقى على حكم مال الميت والقائلين بانها للورثة اتفقوا على أن الوارث يمنع من التصرف فيها الى ان يوفي الدين أو يأذن الغرماء حكى ذلك في الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في باب قضاء دين الميت قال في (الايضاح) اجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرماء ونحوه ما في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التبع كما بيناه هناك واما اذا لم يستوعب الدين التركة فهناك أمران ما فضل منها عن الدين وما قبله (اما الاول) ففي ميراث الكتاب والدروس انه يمنع من التصرف فيه وتكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الباب والرهن وجامع المقاصد هنا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط واطلق في السرائر قال لاخلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه اصول مذهبنا للموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكوته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة لو كان عليه دين ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكوة ولا قائل بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها على انه ذكر فيه الدين ونحوه صحيحة سليمان ابن خالد قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين فهو دال بالمفهوم وللآية الشريفة ولانه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التام والميت لما خرج عن صلاحية أستغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن ادائه منه لان حدوث تعلقه ببعض الباقي عند تلف بعضه متفقطا وان الباقي اذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث وهذا يدل على ان التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتمتع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث يتعذر واختار المصنف هنا وفي قضاء الكتاب والشهيد في حواشيه على ميراث الكتاب وجامع المقاصد في المقام والمالك والكفاية نفوذ التصرف فيه أي في الفاضل عن الدين وهو قضية كلام جامع

وهل يشترط استغراق الدين اشكال اقر به ذلك فينفذ تصرف الولي في الزائد فان تلف  
الباقى قبل القضاء ضمن الوراث فان اعسر فالوجه ان للمدين الفسخ ( متن )

الشرائع للضرر والخرج وبعد الحجر في مال كثير لاجل الدين بل يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة  
الناس ويكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الأكل فان  
تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على تقض تصرفه وربما أستدل عليه بخبر البرنطي بأسناده  
أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي  
عليه يمحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم ونحوه خبر آخر مثله بهذا  
المتن وهما لا ينطبقان على ما ذكره من التفصيل كما هو واضح مع ما في الاخير مما حمل على السهو  
من بعض الرواة مع امكان حملها على ان ذلك على سبيل القرض والضرورة مع ان أصحاب هذا  
القول ما ألموا بهما ولا وجدت أحدا منهم أخذ وأحدا منها دليلا والضرورة والخرج يندفعان  
بالاستئذان من المدين أو الدفع اليه أو الى الحاكم ان عسر الوصول اليه أو العزل عند الثقة  
الأمين كما ذكره في باب الدين وأوضحنا الحال فيه هناك والسيرة سيرة عوام والا فالعلماء مختلفون  
ومضطربون وقد اتفقوا على انه اذا مات حل ما عليه وتعليقهم يقضي بأن الوارث ممنوع من  
التصرف على ان الآية ظاهرة في خلاف هذا القول الآن يقال ان المراد من بعد وجودها أي الوصية  
والدين في المال الواسع لا من بعد عزلها ولا من بعد وصولها لاهلها ومما ذكر يعلم حال ما قابل الدين  
من التركة فليأمل جيدا وثمرة الخلاف ظاهرة على القول بأنه كتعلق الرهن والقول بأنه كتعلق الارش  
وأما القائل بأنه تعلق برأسه فيحتمل عنده انه ينفذ تمسكا بأصل الصحة واصله عدم بلوغ الحجر الى مرتبة  
لا يكون التصرف فيها معتبرا وان في القول بالصحة جمعا بين الحقين ويحتمل العدم لا تنفاه فائدة التعلق  
بدونه ولأداء النفوذ الى ضياع المال ومن أصحاب هذا القول المحقق الثاني وقد قال ان النفوذ أقوى  
وقد تقدم بيان ذلك كله في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ وهل يشترط استغراق الدين اشكال أقرب به  
ذلك ﴿ أي هل يشترط لتعلق الدين بكل التركة أن يكون مستغرقا لها بأن يكون بقدرها وأزيد  
اشكال من حيث انا انما منعناه لحفظ مال الديان وهو يحصل بمنعه من قدر الدين فيخصص الحجر  
بقدره ومن انه لأولية لبعض على بعض باختصاص التعلق به الى آخر ما سمعته آفا وقد قرب المصنف  
هنا الاشرط وفي (الايضاح وجامع المقاصد) الاصح انه لا يشترط وهو الاصح كما عرفت ﴿ قوله ﴾  
﴿ فينفذ تصرف الولي في الزائد ﴾ هذا ما حكيناه عنه آفا من ان الدين اذا لم يستغرق التركة وتصرف  
الولي أي الوارث يبيع أو هبة في الزائد عن الدين فنذ تصرفه وان قلنا بأن تعلقه بها كتعلق الرهن لان  
الزائد على الدين طلق لاحجر عليه وعلى القول بعدم اشترط الاستغراق مع القول بأن تعلقه كتعلق  
الرهن لا ينفذ تصرفه في شيء منها لتعلقه بجميعها وثبوت المنع وعلى القول بأنه كتعلق الارش كانت  
التصرفات نافذة على القولين أي اشترط الاستغراق وعدمه وعلى القول بأنها تبقى على حكم مال الميت  
لا ينفذ شيء من التصرفات ﴿ قوله ﴾ فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث فان أعسر  
فالوجه ان للمدين الفسخ ﴿ أما ضمان الوارث فلأن مات تصرف فيه حيث يتلف الباقي كأن يتعين للقضاء  
لو كان باقيا وحيث تصرف فيه الوارث وجب ضمانه لانه انما يستقر استحقا اياه بعد وفاة الدين

وعلى القول ببطالان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا واكل ثمنه ورد بالعيب او تردى في بئر حفرها عدوانا او سرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن وعدمه فان ادى الوارث الدين والا فسخ التصرف ( متن )

وهو تفریح على ماسبق أيضا وهذا ما أشرنا اليه آنفا من انه يدل على تعلق الدين بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر وأما الوجه في أنه اذا أسسر أن يتسلط المدين على الفسخ فلان تصرفه إنما جاز بشرط الاداء ويحتمل العدم لتسويغه وثبوت الاذن فيه وقد امتنع التعلق به لخروجه عن الملك ودخوله في ملك آخر والصحيح الاول على تقدير الجواز وهذا أيضا مما يدل على تعلق الدين بجميع التركة وان قل وخيرة الايضاح المنع من التصرف مطلقا والضمان به وان لم يكن ناقلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى القول ببطالان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بان كان قد باع متاعا وأكل ثمنه ورد بالعيب أو تردى في بئر حفرها عدوانا أو سرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن ﴾ يريد انه لما كان في هذه الفروض الثلاثة عهدة على الميت ودرك لان كان المبيع معيبا والحفر في طريق المسلمين أو ملك الغير عدوانا بمعنى انه للمصلحة المسلمين ومن دون اذن المالك والجناية في محل السراية وتلك العهدة وذلك الدرك كانا متعلقين بذمة الميت قبل موته ولما مات تعلقا بالمسال قام احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فيكون ذلك بمنزلة تقدم الدين فيكون كالدين المقارن في بطالان التصرف في التركة معه . ضعف في الايضاح وجامع المقاصد بان تقدم السبب لا يقتضي تقدم السبب والمنع من التصرف انما هو مع وجود الدين لالحدوثه لسبق وجود سببه فلا يمكن ان يقال ان الوارث ممنوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهدة اذ لادين ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة ( قلت ) ما أشبهه بما اذا باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البايع فانهم قالوا لا ينفذ الا باذن البايع والغرض ان هذا الاحتمال ليس بتلك المكانة من الضعف بل لعله أقوى من الثاني كما سنسمع وقولكما انه لا يمكن أن يقال ان الوارث ممنوع من التصرف ( فيه ) انا لانعنه من التصرف وانما نقول بفساده بعد حدوث الدين فلا منع ولا ضرر ويأتي تمام الكلام ثم عد الى عبارة الكتاب فقد قال في ( جامع المقاصد ) لو سكت عن قوله ظاهر في قوله لو لم يكن في التركة دين ظاهر لكان أولى اذ ليس في هذا الفرض دين ظاهر ولا خفي ( قلت ) المراد ظاهر اذ المراد دين بالفعل وفي الحال وقال في قوله لو ظهر دين لو قال بدله ثم حدث لكان أولى قلت هو المراد وعبر بالظهور لمكان وجود سببه فلعل الظهور بملاحظة ذلك أولى وقال في قوله وأكل ثمنه لا يحتاج الى تقييده بكون الميت أكل الثمن بل يكفي تصرف الوارث في الجميع ( قلت ) كلام المصنف يتم في جميع الصور اعني ما اذا تصرف الوارث في البعض أو الجميع وكلام الشارح لا يتم فيما اذا كان الثمن عينا وتصرف فيما عداها ويعرف حينئذ ما ذكره الشارح من كلام المصنف بالفحوى والامر سهل أو نزوي أو كل البناء للمجهول وأنت خبير بان الاصح على ما اخترناه في باب القصاص ان السراية كاشفة فلا تكون من سنخ الفرضين الآخرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه فان ادى الوارث الدين والا فسخ التصرف ﴾ أي يحتمل عدم

وعلى كل حال ففلوات امسك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله (متن)

فساد التصرف في المسائل الثلاث فعلى هذا ان أدى الوازث الدين فلا بحث والافسخ المدين التصرف أعنى البيع مثلا توصلنا الى أخذ دينه من التركة وفي (الايضاح) انه الاقوى وفي (جامع المقاصد) أنه الاصح لعموم أوفوا بالعقود وتعلق حق نابت بالمبيع حين لم يكن حق آخر ولا مانع من صحة التعلق فابطاله يحتاج الى دليل قلت يلزم مثل ذلك حرفا فخرقا فيما اذ باع المشتري في زمن خيار البايغ من دون تفاوت فتقدم السبب كخيار البائع حق آخر مانع من صحة التعلق فلا ينفع التعلق بالعموم فكان الاحتمال الاول أشبه على القول ببطلان التصرف على أن في قولهم ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة ما يرشد الى ذلك فتأمل وكأنه اشبهه الحال على الشارحين حيث ظنا أنه يستلزم المنع من التصرف كالدين الموجود وليس كذلك والفرق بينهما ان الدين الحاضر على هذا القول يمنع من التصرف ويطله والدين الحادث لا يمنع من التصرف لكنه يطله فخاله كحال بيع المشتري في زمن خيار البائع بل قد جوز جماعة له الوطي في زمان الخيار وهو الاقوى ولذا ترى المصنف قال وعلى القول ببطلان تصرف ولم يقل على القول بمنعه من التصرف فتأمل ﴿ قوله ﴾ وعلى كل حال فلوارث امسك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله ﴿ قد قدمنا في باب الرهن ان الخصوم متساومون في جميع الاحوال أي على تقدير الاستيعاب وعدمه وعلى الاحتمالات الثلاثة في التعلق وعلى تقدير انتقالها الى الورثة أو بقائها على حكم مال الميت على ان المحاكمة للوارث فيما يدعي لمورثه وما يدعى عليه وانه لو أقام شاهدا حلف هو دون الديان وان الورثة أولى وأحق بأعيان التركة لأنها لا تنتقل الى الغرماء اجماعا وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والتاج والثمرة الاقرب المنع كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وقد بينا في باب الرهن ان من قال بأن التركة تبقى على حكم مال الميت استدلل عليه فيما استدلل باستمرار الطريقة على دفع الناء في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون الناء لانكرهوا عليه (واحتج) الشارحان على المنع بأن الملك يتمتع بقاؤه بغير مالك والميت يتمتع بملكه لا تنفأ لوازم الملك عنه من عدم ثبوت الزكوة عليه ونحوه فالقاضي لملك الوارث موجود وهو الموت والمانع ليس الا تعلق الدين بالتركة وهو لا يصلح للمانية لعدم المنافاة ولم يبق المفهوم الآية الشريفة وهو ضعيف (قلت) قد عرفت انه في السرائر قال لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الوارث ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقد قال الله سبحانه وتعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد أربع مرات وما كانت عادته جل شأنه في بيان الاحكام ذلك بل يجمل ويحيل وقد استدلل بها جماعة كالشيخ وابن ادريس وفخر الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال الى الورثة اذ المتبادر منها انما هو الملك والاستحقاق مثل المال لزيد ومن ثم ترى النحاة يسمون هذه اللام لام الملك فالحل على استقرار الملك اعراض عن الظاهر الى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب أن الظاهر ان الظرف لغولا حال من الثلث مثلا حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالقرض أو غيره بعد الوصية والدين والكون أهم من الملك فيجوز أن يكون المعنى أن ذلك يكون لهم بعد الامرين على وجه الاستقرار بعد أن كان مترزلا فقد صح لنا أن نقول ان المعلق في الآية الشريفة اما الملك أو جواز التصرف أوهما معا أولا واحدا منهما والاخير باطل كالثالث لأنه



وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي (متن)

يستحيل نعلق الملك على بعية الدين مع بقاء جواز التصرف مطلقاً أي تصرف كان حتى يكون المعنى في أحد الوجوهين أنه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين أحد الاولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من اللام وعدم تبادل كون الظروف حالاً من الانصباة والتقدم في قوله جل شأنه من بعد وصيته هو التقدم الذي أراده المتكلمون وهو أن المتأخر لا يجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض أجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك أو جواز تصرف حتى ينتفي المتقدم فكانت دلالة الآية من المنطوق لا من المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد وإذا سلم عليك فرد عليه السلام وإذا باعك فاشتر هذا كله مضافاً الى الخبرين وقد سمعتهما آنفاً وقد ذهب ناس الى أن الميت يملك على الحقيقة كالمحقق في الشرائع في باب القصاص فيما اذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال والشهيد الثاني في وصايا الروضة ومال اليه الفخر في ميراث الايضاح بل قالوا قد يتجدد له الملك كملكه لديته ولما يقع في شبكته وكأنهم استندوا الى أنهم أجمعوا على أن ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له الا الملك والحق ان ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك أي ان الميت في حكم المالك لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وأنى يملك الميت وبالموت تزول عنه الاملاك وأما اجماع جامع المقاصد في وصاياه على أن المال لا يبقى بلا مالك فلعله أراد ما اتفق العلماء على فنيه من انه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والا فكيف يتم له ذلك والا كثيرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط بها الدين لكن كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بد له من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل في كلامه وهو مما يفت في عضد اجماعه على انه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا مملوك انه يشتري من التركة ويعتق ليرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا وارث ومثله مالو أوصى بصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الجص لبناء القناطر ونحو ذلك وهو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة وهو كما ترى وماذا يقول في مال من مات ولا وارث له وقد أشبعنا الكلام في باب الرهن قوله ﴿وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي﴾ أما ان الدية نحسب من التركة فتقضى منها الديون والوصايا فقد طفحت به عباراتهم في مواضع من باب القصاص وفي باب الميراث وفي باب الديون والرهن والحجر وانعدت عليه اجماعاتهم ودلت عليه دلالة صريحة رواياتهم كخبر يحيى الازرق وروايات أبي بصير وخبر عبد الحميد بن سعيد حيث سأل الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من قاتله أعلمهم أن يقضوا الدين قال نعم الحديث فالقول الشاذ الذي لا نعرف قائله بأن الدية لا تصرف في الدين لتأخر استحقاقها عن الحياة لا يلتفت ومثله الفرق بين دية الخطأ ودية العمد اذا رضي بها الوارث فتقضى من الاولى ديونه ووصاياه دون الثانية فانه اجتهاد في مقابلة الاجماع والفتاوي والاخبار المطلقة وخصوص روايات أبي بصير وخبر عبد الحميد وعبد الحميد يحتمل اتحادهم مع

عبد الحميد بن سعد ومع عبد الحميد بن سالم الذي وثق في ترجمة ابنه محمد وكيف كان فرأية صفوان عنه تشير الى الاعتماد عليه وقد أجهد بن ادريس نفسه في رد هذا الخبر ولم يظن فيه من جهة السيد وكذلك المصنف في المختلف كما يأتي في المسئلة الآتية وأما أنه للوارث القصاص وان لم يكن له مال ولم يكن عليه ضمان الديون وغيرها فهو خيرة قصاص السرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والروضة والمسالك وخيرة الايضاح وجامع المقاصد في المقام وهو ظاهر كلام المبسوط أو صريحه وهو الأشهر كما في المسالك والمفاتيح وعليه الحلبيون كما في الدروس والاجماع ظاهر السرائر أو صريحها كما أنه أي الاجماع ظاهر نكت النهاية وكذا المختلف والمخالف أبو علي والقاضي والتقي والصرشتي والسكندري وصفي الدين محمد بن معد العلوي حيث قالوا فيما حكى عنهم ان ليس للأولياء القود الا بعد ضمان الديون قلت وهو خيرة النهاية وفي (الغنية) الاجماع عليه وفي (المبسوط) انه الذي رواه أصحابنا ونسبه في الدروس الى المشهور وكأنه مال اليه فيه وفي غاية المراد ونقل القولين في اللعة من دون ترجيح وحكى علي أن منصور الطبرسي انه اذا بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود الا بعد ضمان الديون وان لم يبذلوا جاز لهم من دون ضمان (وليعلم) أن القاتل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلهم لا بد لهم أن يقولوا بالاولوية ونحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضا وقد حكم في المبسوط في أول كلامه بأن لهم القصاص والعفو على مال وبدونه وصورة عبارة النهاية لم يكن للأولياء القود الا بعد أن يضمنوا الدية عن صاحبهم فان لم يفعلوا لم يكن لهم القود وجاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم ولعله أراد انه ان كانت الدية أزيد من الدين جاز لهم العفو بمقدار نصيبهم الزائد وقد نسب المصنف والشهيد كلام النهاية الى الجماعة الذين ذكرواهم آنفا وفيه مسامحة لانهم لم يتعرضوا لجواز العفو لهم بمقدار نصيبهم (حجة الاولين) الاصل بمعنيين والعمومات من الكتاب والسنة الدالة على ثبوت القصاص مطلقا سواء كان المقتول مديونا معسر أم لا من دون ايجاب ضمان (واحتج) للشيخ ابن ادريس بخبر عبد الرحمن بن سعيد وقد سمعته ثم قال في السرائر ليس في الحديث اذا سلم ما ينافي ما قلناه لانه ما قتل عمدا وانما قال أخذ أهله الدية وهذا يدل على ان القتل كان موجبه الدية فيكون خطأ ثم قال فان قيل قد قال في الخبر فأخذ أهله الدية من قاتله ولو كان خطأ محضا مأخذوها من القاتل وأجاب بأنه هنا عمد شبيه الخطأ (وأجاب في المختلف) بأننا نقول بموجبه فان الورثة لو صالحوا على الدية وجب قضاء الدين منها وفي (غاية المراد) الحق في الاحتجاج رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله فقال ان أصحاب الدين هم الخصماء فان وهب أولياؤه دمه للقاتل فجاز وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغماء وحكي عن المحقق الاستدلال بها للشيخ (قلت) قد أوردنا على الاستدلال بها وجوها ذكرناها في باب القصاص وقد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء وقد تقدم شرحه ومن الوجوه انها معارضة بخبري أبي بصير أيضا وانه يبعد الفرق بين الهبة والقود وانه لم يظهر لنا الوجه في قوله عليه السلام أصحاب الدين هم الخصماء وان متعلق الهبة غير المال وهنا تعلقت بغير عين ومال وهو الدم والحاصل ان هذه الروايات لم تتفق اثنتان منها على حكم ولم تدل واحدة على مختار النهاية فلتحمل على التقية والشهرة معارضة بمثلا والاجماع بمثله ويزيد الاول بنسبة المحقق قول الشيخ في النهاية الى الندرة وتام الكلام في القصاص فانه مستوفى أم استيفاء

﴿الفصل الخامس﴾ في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه فصار ماله فلوسا وز يوقا وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله وهو لا مال له ( متن )

﴿قوله﴾ ﴿الفصل الخامس في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه فصار ماله فلوسا وز يوقا﴾ هذا تعريفه لغة ونحوه مافي الشرائع وهو معنى مافي المبسوط من ان المفلس لغة هو الفقير المعسر وهو مشتق من الفلوس وكأن معناه فني خيار ماله وجيده وبقي معه الفلوس ونحوه مافي التحرير من انه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل وقال في (التذكرة) الافلاس مأخوذ من الفلوس وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخبت أي صار أصحابه خبثا لان ماله صار فلوسا وز يوقا ولم يبق له مال خطير وقولهم أذل الرجل أي صار الى حالة يذل فيها وكذا أفلس أي صار الى حالة يقال فيها ليس معه فلس أو يقال لم يبق معه الا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن اذا وصل الى السهل والحزن لانه انتهى أمره الى الفلوس والاصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم أتدرون ما المفلس قالوا يارسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال ليس ذلك المفلس ولكن المفلس يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا فياخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فيرد عليه ثم صك في النار وفي (القاموس) أفلس اذا لم يبق معه مال فكأنا صارت دراهمه فلوسا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس وفلسه القاضي تقيسا حكما بافلاسه ﴿قوله﴾ ﴿وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له﴾ أي لان السالبة لا تستدعي وجود الموضوع بخلاف قولنا لا مال له لأنه سالبة كلية بل المدار على العرف وهذا التعريف نسبة في المسالك الى أكثر الفقهاء منا ومن العامة وهو شامل لغير المحجور عليه كالصبي اذا استدان له الولي الى هذه المرتبة وكذا السفية وكذا المديون كذلك قبل الحجر مع أن واحدا من هؤلاء لا يعد مفلسا شرعا اذا التفليس انما يكون بحكم الحاكم والحجر بالفلس لا يثبت الا بحكم الحاكم اجبا كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد وستسمع مافي المسالك وفي (المبسوط) المفلس في الشريعة هو الذي ركبته الديون وماله لا يفي بها وهو يعطي أن له مالا لكنه لا يفي لانها معدولة بل المدار على العرف وهو معنى مافي (التذكرة والتحرير) انه في الشرع اسم لمن عليه ديون لا يفي ماله بها لكنه نسبة الى القيل في التذكرة وقال انه يشمل من لا مال له البتة ومن له مال قاصر وفيه نظر ظاهر وتفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة يوافق مافي المبسوط وعرفه في الشرائع بأنه هو الذي جعل مفلسا وفسره بأنه منع من التصرف في أمواله ولا يخفى أن المنوع من التصرف في ماله أعم من المفلس بل من الستة التي عقد لها كتاب الحجر ثم ان كلامه أي المحقق يؤذن بأنه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلوس بل في كلامه أن تقيسه هو الحجر عليه كما يقال فلسه القاضي اذ جعله وصيره مفلسا وكلامهم في الباب مختلف فتمهم من جعل التفليس هو الحجر المذكور كالمحقق الاول والثاني وهو الظاهر من كلام المصنف كما ستسمع قبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا عندهما وان استفرقت ديونه أمواله وزادت عليها ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلوس من أسباب الحجر ويقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم

فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصر ما في يده عنها والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم ( متن )

تترتب الاحكام ويقولون شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء له الى غير ذلك من الاحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة لكثرة استعمال الفقهاء لهذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار المعنى اللغوي بعيد كذا قال في المسالك وقال في مقام آخر عند قوله في الشرائع لا يجوز حبس الغريم أن المديون المعسر مفلس ورده المقدس الاردبيلي بأن كون المديون المعسر مطلقا مفلسا غير ظاهر شرعاً ولغة وقال في ( المسالك ) أيضاً أن الحق أن المفلس سابق على الحجر ومغاير له وهو أحد اسبابه كما ذكره لا عينه ولا الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب اطلاق أسم السبب على المسبب قال وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصغر كما اذا استدان الولي للصبي الى هذه المرتبة وكذا السفية ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفلس لانه ليس شرط في تحقق مفهومه شرعا وعلى هذا فين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله وعلى ما يظهر من تعريف المحقق يكونان متباينين ومصادم بالمعنى الشرعي في المقام اما الحقيقة الشرعية أو ما ذكرناه في باب الرهن وقد اسبقنا الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه ﴾ أي يحجر على من لا مال له أصلاً ويكون الحجر في المتجدد من أمواله الحاصلة من معاملة وغيرها كما صرح بذلك أيضاً في التذكرة ويأتي تمام الكلام وهذا يدل على ما اشرنا اليه آنفاً من أن معنى الفلس شرعاً لا يتحقق الا بالحجر من الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصور ما في يده عنها والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم ﴾ يريد أن الفلس سبب في انه يجب على الحاكم أن يحجر على المفلس بالتسروط الخمسة وقد استدلل عليه أي الوجوب في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وقال أيضاً في مقام آخر عندنا أن الحاكم أن يحجر على من عليه الدين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له الحجر عليه بل يحبسها ابداً الى أن يقضيه (دليلنا) اجماع الفرقة واخبارهم قال وقد أوردناها فيما مضى وقد استدلل فيما مضى بنجيري غياث ابن ابراهيم واسحق ابن عمار (قلت) اما خبر غياث فقد رواه عن جعفر عن ابيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على عزمائه ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث واما خبر اسحق فقد تضمن أنه عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على عزمائه فتأمل وفي (الغنية) يجب على الحاكم الحجر عليه بتسروط أربعة ثم ذكر احكاماً كثيرة وادعى اجماع الطائفة وروى في التذكرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بالتماسه فلا يلتفت الى قول من قال أن الذي دلت عليه اخبار الباب انه بعد رفع الامر الى الحاكم يقسم أمواله بين الغرماء أن وجد له مال وانه لم يحجر الامام عليه ولم يأمر به فكيف يسوخ لثأبه وهو الفقيه أن يفعل ذلك مع انه هو بنفسه قال أن المشهور بين الاصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف بينهم أن المفلس يجب الحجر عليه كما يحجر على الصبي والسفيه والمجنون وتسمع كلام المقدس الاردبيلي

## ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون (متن)

ومنه أخذ القائل وقد جعل المصنف هنا وفي التذكرة الشروط خمسة والاكثر انما ذكروا الأربعة الأخيرة كالشيخ وأبن زهرة والمحقق والمصنف في التحرير والارشاد وغيرهم ولعلمهم انما تركوا الاول لاستغنائهم عنه بثبوت الدين عند الحاكم فانه فرع المديونية كما انهم تركوا ما اذا لم يكن في يده شيء لعدم وجوب التحجير عليه حينئذ ويأتي بيان الخلل في المتجدد والمقدس الاردبيلي بعد ان ذكر هذه الشروط وما يترتب عليها من الاحكام كمنعه من التصرف المالي في الموجود والمتجدد ونحو ذلك قال لعل دليل هذه الاحكام كلها الاجماع ولعل لهم بعض الاخبار من العامة والخاصة وما وقفنا عليها (قلت) هذه الشروط وما يتفرع عليها كلها قد قام الدليل عليها من اجماع أو غيره اما الشروط فقد حكي عليها الاجماع في الخلاف وظاهر الغنية وبيان الدليل (والوجه) فيها على التفصيل أن نقول اما اشتراط كون ديونه ثابتة عند الحاكم فوجه ظاهر لان الحجر انما يقع من الحاكم اجماعا وحينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده وأما كونها حالة فلانه مع كونها مؤجلة لا وجه للحجر عليه لعدم استحقاق المطالبة وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة فلا وجه لتعجيل العقوبة وأما اشتراط كون أحواله قاصرة فلأنها لو كانت زائدة أو مساوية فلا حجر عليه اجماعا كما في التذكرة في موضعين منها والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة بل يطالب بالديون فان امتنع تخير الحاكم بين حبسه الى أن يقضي بنفسه وبين أن يقضي عنه من ماله ولو بيع ما خالف الحق ولا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفلاس مثل أن تكون نفقته من رأس ماله أو يكون ما في يده بازاء دينه ولا وجه لنفقته الا ما في يده ومن لم تظهر كمن كان كسوبا ينفق من كسبه خلافاً للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في أحد اقواله وعلى من ظهرت عليه امارات الفلاس في آخر وواقفنا في ثالث واما اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلأنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم لانه حق لهم وهو لمصلحة الغرماء والفلاس وهم ناظرون لانفسهم لا حكم للحاكم عليهم نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كان له الحجر لانه الغريم في الحقيقة فله التماس ذلك من نفسه وفعله كما لو كانت لمجانين أو اطفال أو لمحجور عليهم بالسفه وكان وليهم الحاكم هذا اذا التمس الكل واما اذا التمس البعض فانما يحجر عليه اذا كانت ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها كما يأتي لا تنفاه بعض الشروط لو وفي بها لان دين غير الملتمس ليس للحاكم الحجر لاجله فهو بالنسبة الى الحجر بمنزلة المدوم فاذا حجر لاجلهم لم يختص الحجر بهم بل يعم اثره الجميع واما اذا كانت ديونه أي البعض الملتمس تفي بها ولم تكن زائدة على أمواله فقد قرب في التذكرة جواز الحجر وأنه لا ينتظر التماس الباقيين لثلا يضيع على الملتمس ماله وفي (جامع المقاصد) أن عموم الحجر للجميع لا يكاد يخرج الا على هذا الوجه وفي هذا الوجه قرب قوله ﴿ ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد نبهوا بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم أنها لا تقوم لان لأربابها الرجوع فيها فلا تحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه والشيخ في المبسوط اقتصر على ذكر الوجهين من دون ترجيح والمراد بها الاموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته كالايمان التي اشتراها واستدانها وانما احتسبت من جملة أمواله لانها ملكه الآن وان كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطالبوا وكما تحتسب من أمواله تحتسب اعواضه من جملة ديونه وضمير أمواله يعود الى المدين الذي يراد تعلق الحجر به للدلالة المقام عليه قوله ﴿

ولو حجر الحاكم تبرعا لظهور امارات الفليس أو لسؤال المديون لم ينفذ نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغياب ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شيء ولا يدام الحجر عليه لاربابها كما لا يحجر بها ابتداء اما لو سأل بعض ارباب الديون الحالة حجر عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع (متن)

﴿ ولو حجر الحاكم تبرعا لظهور امارات الفليس أو لسؤال المديون لم ينفذ ﴾ أما الاول فالظاهر أنه محل وفاق اذ لم أجد فيه مخالفاً حتى من العامة بل الظاهر أنه لا يجوز له ذلك وأما الثاني فلا أجد فيه مخالفاً الا ما ذكره في التذكرة كما ستسمع وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لان الحجر عقوبة والرشد والحريه يتاقيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح وأما يتحقق بالتمس الغرماء كذا قال الشافعي في أحد وجهيه وواقفه جماعة من أصحابنا في التوجيه المذكور والاصل فيه الاجماع كما عرفت آنفاً وقد تقول يجوز له ذلك لا على وجه الاكراه بل نظر لمصلحته وقال في (التذكرة) الاقرب عندي جواز الحجر عليه لان في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء وكما أجبنا الغرماء حفظاً لحقوقهم كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والائتم وقد روي أن حجر النبي صلى الله عليه وسلم على معاذ كان بالتمس من معاذ دون طلب الغرماء وهو أحد وجهي الشافعي والحجة اعتبارية والخبر لا جابر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغياب ﴾ اما تحجيره لديون المجانين والسفهاء اذا كان له الولاية عليهم فقد تقدم بيانه واما عدم تحجيره لديون الغياب فلان الحاكم لا يستوفي ما للغياب في الذم بل يحفظ أعيان أموالهم كما في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شيء ولا يدام الحجر عليه لاربابها كما لا يحجر بها ابتداء ﴾ لو كان بعض الديون حالا والباقي مؤجلا فان وقت أمواله بالديون الحالة فلا حجر لعدم اعتبار الديون المؤجلة وان قصرت وجب الحجر واذا حجر عليه بالديون الحالة لم تحل عليه الديون المؤجلة لان المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الاجل بخلاف الميت فانه لا يتوقع منه اكتساب ولانه دين مؤجل على حي فلا يحل قبل اجله كغير المفلس بخلاف الميت فان ذمته قد بطلت وليس الافلاس سببا في تعلق الدين بالمال كالموت لما عرفت من الفرق كما ان الخنون عندنا لا يوجب الحلول فتقسم أمواله بناء على عدم حلول المؤجلة على الديون الحالة ولا يدخر شيء لاصحاب المؤجلة وان كان في الديون المؤجلة ما كان ممن مبيع وهو قائم عند المفلس بل يقسم على الديون الحالة ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لاصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجر بها ابتداء لعدم استحقاقهم المطالبة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو سأل بعض ارباب الديون الحالة حجر عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع ﴾ قد سمعت آنفاً ما قاله في التذكرة من أنه لو لم تكن ديون السائل زائدة على أمواله فالاقرب جواز الحجر وما أيده به في (جامع المقاصد) والوجه في أن الحجر يعم الجميع ان الجميع مستحقون للمطالبة كما أنها جميعها ثابتة فلا يختص بأمواله من انفرد بالتمس ومن ثمة لو ظهر

ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملة ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس ﴿المطلب الثاني﴾ في المنع من التصرف وينع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر (متن)

عريم سابق على الحجر شارك ﴿قوله﴾ ﴿ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله ﴿قوله﴾ ﴿وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت﴾ يريد أن غير الكسوب لا يحجر عليه الى أن يقصر المال عن الديون ولو قليلا وهو معنى قوله وان قل التفاوت فيحجر عليه عند القصور لاقبله والمخالف بعض العامة ﴿قوله﴾ ﴿ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملة﴾ كافي المبسوط والتحريروالتذكرة قال في الاخير يستحب للحاكم الاعلام بالحجر والنداء على المفلس ويشهد الحاكم عليه بانه قد حجر عليه والاعلان بذلك بحيث لا يستضر معاملة ﴿قوله﴾ ﴿ثم للحجر احكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس﴾ كما في التذكرة والارشاد وجعل الرابع في التحرير المنع من حبسه لا حبسه كما هنا واقصر في الشرائع على الثلاثة الاول وهي التي عدتها في المبسوط ثلاثة وذكر الحبس بعنوان آخر ولم يتضح لنا الوجه في جعل الحبس من أحكام المفلس فان المفلس هو الذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرف فلا معنى لحبسه ولا لمأطته ولا لبيعه بنفسه ولا البيع عليه والحاصل أن الحبس مخصوص بغير المفلس اذ لا خلاف على الظاهر في تحريم حبس المفلس بل ومطالبتة وأذاه فقوله في المسالك في مناقشة الشرائع في أواخر الباب ولا يختص هذا الحكم بالمفلس غير جيد بل ولا صحيح لانه خاص بغير المفلس وقد سمعت مافي التحرير كما قد عرفت أن الشيخ والمحقق غير الاسلوب وترك ذكر الحبس والامر واضح ﴿قوله﴾ ﴿المطلب الثاني في المنع من التصرف وينع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر﴾ هذا نبه عليه في المبسوط وأشار اليه في الشرائع وبعد ضم كلاميهما من أطرافهما بعضه الى بعض يوافق مافي الكتاب وبه صرح في التحرير والارشاد والروضة وكذلك المسالك واللمعة ومجمع البرهان وفي الاخير لعل دليل الكلال الاجماع وظاهر الخلاف وكذا الغنية الاجماع على منعه من التصرف بماله بما يبطل حق الغرماء واحتراز بالتصرف المبتدأ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار لانه ليس بابتداء تصرف بل هو أثر امر سابق على الحجر وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة أم يجوز اقتراحا الاقوى الثاني كما هو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو قضية كلام الشرائع وبه صرح في المبسوط وكذا التحرير نظرا الى أصل الحكم وان تخلفت الحكمة (قلت) قد نص في التذكرة والكتاب فيما يأتي والارشاد ان الغبطة تعتبر في الثاني دون الاول قال في (التذكرة) ان له الرد بالعيب ان كانت الغبطة في الرد وان كانت الغبطة في ترك الرد بأن كانت قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل لكن له الرد فيه

من تفويت المال بغير عوض و فرق الشهيد في حواشيه بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد به بخلاف العيب وفي ( جامع المقاصد والروضة ) أن فيه نظرا بينا لأن كلا منهما ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة وان كانت الحكمة المسوغة له هي المصلحة أي مصلحة صاحب الخيار والاجماع على جواز الفسخ بالعيب وان زادت القيمة فضلا عن الغبطة فيه ( وفي مجمع البرهان ) ان الفرق غير واضح ( قلت ) ما ذكره في وجه النظر لا يدفع الفرق لانه وان كان ثبوت الخيار بأصل العقد وان الحكمة المسوغة للخيار مطلقا انما هي لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الاصيل كخيار الشرط والحيوان لم يتقيد بشيء كخيار الغبن والعيب فان الاول مقيد بالضرر والثاني بالنقص بل له في الاول اختيار أصل العقد وعدمه بخلاف الثاني فان حق الغرماء متعلق بخيار الحيوان مثلا تعلقا ضعيفا جدا لان العقد من أجله متزلزل بخلاف خيار العيب فان تعلق حقهم فيه أقوى فانه مع ارادته أي المفسد الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلا يفوت منه شيء أو يأخذ الناقص كما حكينا آتفا عن التذكرة فهذه المصلحة غير الاولى فقول الشهيد ان الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها أراد به مصلحة الغبن والعيب والفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة في الثاني أي العيب دون الاول فقول المعترض في وجه النظر ان كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتام وما فرضه من أنه يمكن أن تكون قيمة المبيع مع كونه معيبا أزيد من الثمن ومع ذلك يجوز فسخه اجماعا بالعيب هو الوجه في اثبات الخيار كما عرفت ومن ثم قيل هنا باعتبار الغبطة في الثاني وهو عين المدعى فليتأمل في ذلك كاه جيدا والمناسب في بيان المنع أن يقال ان الاجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو أقصى منها فتحرى رعاية الغبطة في الاول أيضا لوجود العلة ( ويمكن الجواب ) بأنه ان كان عالما بها وقت البيع فهو كالمهبة وان لم يعلم بها فهو داخل في الثاني لوجود الغبن نعم لو كانت الزيادة في طرفه أشكل الفرق بينهما والفسخ حينئذ مطلقا فليتأمل جيدا واعلم من هنا قال في مجمع البرهان ان الفرق المذكور غير واضح هذا والمصنف في آخر كلامه في التذكرة مال الى عدم الفرق بين الخيارين انتهى وينبغي النظر في معنى الغبطة وعدمها ولعل عدمها مقيد بما اذا لم يصرفه سفيها وان ذلك لمعتبر بالرد بالعيب وغيره وقد عرفت أن كلمة من تعرض لهذا الفرع متفقة على أن له اجازة البيع وفسخه وعلى الفرق بين الابتداء والاستدامة ( وقد يقال ) ان سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة وهو حفظ مال الديان فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك وجب عليه أن يمنعه في غيره مع اشتماله على عدم الغبطة فسد الاجماع هنا أيضا موجود ومجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضي ذلك مطلقا حتى مع وجود الدليل على عدمه ولذلك قال المقدس الاردبيلي لأعرف الفرق بين منعه من البيع وبين منعه من فسخه فان كلا منهما تصرف مالي موجب لفوات مال الديان فلا يبعد أن يكون المدار في غير الابتداء مطلقا على المصلحة والوجه الذي ذكره في التذكرة في مراعاة الغبطة في خيار العيب جار في غيره وقد سمعته آتفا ويمكن أن يجعل الظرف في العبارة وهو عند متعلقا بكل من تصرف والموجود ليحسن كونه احترازا عن التدبير والوصية والجماعة احترزوا عنهما بوصف التصرف بالمنافي لحق الغرماء لأنهما يخرجان من الثلث بعد وفاة الدين فتصرفه في ذلك ونحوه جائز اذ لا ضرر فيه على الغرماء اذ التدبير اما وصية أو في معناها وقوله بعوض وغيره يتعلق بتصرف ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها عينا كان أو منفعة تتعلق بالحجر



فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص في العفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب والانهاب وقبول الوصية ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لا ضرر فيه في الغرماء أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده غير مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ ( متن )

مع الجميع ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا قال في ( جامع المقاصد ) أما الطلاق فواضح فان الحجر لم يتناول كل تصرف بل التصرف في المال الموجود والمتجدد على انه اسقاط ما يوجب المال فكان أولى بالجواز وأما النكاح فلان الصداق اذا كان في الذمة لم يصادف التصرف في المال الموجود عند الحجر وأما مؤنة النكاح فيأتي ان شاء الله تعالى بيان الحال فيها واما أن له استيفاء القصاص فلانه ليس تصرفا في المال ولا يجب عليه قبول الدية وان بدل الجاني لان القصاص شرع للتشفي ودفع الفساد والدية انما تثبت صلحا ولا يجب عليه تحصيل المال باسقاط حقه وكذا العفو عن القصاص مجانا بغير عوض أما لو وجبت له الدية بالاصالة كما في جنابة الخطأ فانه ليس له اسقاطها لانه بمنزلة الإبراء من الدين وكذا له استلحاق النسب اذ ليس ذلك تصرفا في المال وان وجبت المؤنة ضمنا وكذا له نفيه باللعان كما هو واضح وكذا له الخلع لانه اذا صح له الطلاق مجانا كانت صحة الخلع الذي هو في الحقيقة طلاق بعوض أولى بالجواز هذا اذا كان المحجور عليه بالفلس رجلا فلو كان امرأة منع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب والانهاب وقبول الوصية ﴾ لان في ذلك كله جلب مال للغرماء فكيف يمنع منه قال في التذكرة وهذا لا يمنع منه اجماعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لا ضرر فيه على الغرماء ﴾ وقد تقدم أن هذين لا ينافيان الدين لانهما انما يكونان بعد أدائه وان عبارة المفاس معتبرة فيما لا يكون مصادفا للمال وقت الحجر من التصرفات وهو مختار التذكرة والشهيد والمحقق الثاني والشهيد الثاني لكنه في باب التدبير من الكتاب جزم بعدم الصحة وجزم بها في باب الوصايا في الوصية ﴿ قوله ﴾ ﴿ اذ لا ضرر فيه على الغرماء ﴾ هذا لتعليل للمذكورات في حيز قوله ولا يمنع مما لا يصادف المال الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرها نفذ ﴾ اذا صادف تصرفه عين المال بالاتلاف بالمعاوضة كالبيع والاجارة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والسكتابة أو بالنوع من الاتفاح كالرهن فني ( المبسوط والشرائع والتحرير والايضاح ) انه يبطل وهو المحكي عن أبي علي لانه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجارة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه وأما الايقاف فقد نفى عنه البأس في التذكرة وقال في ( جامع المقاصد ) فيه قوة وفي ( المسالك ) لعله أقوى

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فان قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع  
والكتابة ثم العتق ( متن )

والوجه فيه انه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف  
المنافي لحق الغرماء اذ لا دليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفه المحجور عليه مع  
صحة تصرفه اذا لحقته اجازة الولي فلو كان الحجر يقتضي المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط  
به اعتبار عبارة السفه فعلى هذا اذا اجازه الغرماء نفذ والاخر الى أن يقسم ماله لا يباع ولا يسلم الى  
الغرماء فان لم يفضل من ماله شيء بطل وان فضل ما يسهه صح وقد قلنا في باب البيع ان الرد الذي  
يفسخ به الفضولي أن يقول فسخت فلو قال لم أجز كان له الاجازة بعد ذلك كما يشهد به الاخبار وبه  
صرح الشهيد في باب النكاح بل هو ظاهر الاصحاب واشتراط بعضهم عدم مسبوقيه بنهي المالك  
غير جيد على اطلاقه والا فالغاصب والعبد منهيان شرعا عن التصرف فالاول في مال الغير والثاني في نفسه  
بل قد تقول ان هذا النهي مطلقا غير مضر لكن قضية كلامهم في هذا المقام ان الغرماء لو صرحوا بالرد لا يفسخ  
العقد فانما يعتبر كلامهم في الاجازة لافي الرد وان الواقع موقع المجيز هو بقاء شيء من ماله يسه ذلك  
فان حصل ذلك كان اجازة والا كان ردا وقد نهينا على ذلك في باب البيع عند قوله والاقرب اشتراط  
أن يكون مجيز في الحال وينا الحال في ذلك ويتصور كون الشيء فاضلا بارتفاع القيمة السوقية وبإبراء  
بعض الغرماء من حقه وبتجدد مال وموت بعض الغرماء فيرثه الفليس ﴿ قوله ﴾ فحينئذ يجب تأخير  
ما تصرف فيه فان قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق ﴿ أي حين  
اذا كان الحكم يكون التصرف موقوفا الى أن ينظر هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا يجب  
تأخير ما تصرف فيه وقضى الدين من غيره فربما فضلت ووفى ماسواها بدينه وان لم تف أمواله بدينه  
وكان التصرف متعددا بطل الاضعف ثم ما يليه في الضعف كما هو خيرة التذكرة في أول كلامه فعلى  
هذا فلو كان قد تصرف ببيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف أبطلنا أولا الرهن والهبة لانهما أضعف  
من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة  
لانها وان كانا لازمين من الطرفين الا أن العتق أقوى منهما لكونه في نظر الشارع على التغليب  
ولهذا كان من خواصه السراية ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لان كلا منهما لا يقبل الفسخ  
بخلاف باقي العقود واحتمل الشافعية احتمالا آخر استحسنته في التذكرة وقواه في ( جامع المقاصد ) وهو  
أن ينقض من تصرفاته الاخير فالاخير كما في تبرعات المريض اذا زادت على الثلث ووجه ان المزاحمة  
انما وقعت بين ديون الغرماء والتصرف الاخير فيكون السابق ماضيا لعدم ما ينافيه قال في ( جامع  
المقاصد ) ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه لان الحجر على المريض انما هو فيما زاد على الثلث  
فالتصرف الزائد على الثلث هو الاخير فيكون باطلا دون ماسواه بخلاف الفليس فانه محجور عليه في الجميع  
فلا يظهر فرق بين الاخير وغيره لان الجميع كالفضولي فاذا احتيج الى بيع بعض الاعيان التي تعلق بها  
التصرف أمكن أن يقال جميع التصرفات موقوفة ولا بد من ابطال بعضها ولا أولوية لبعض على غيره بشيء  
من الاعتبارين المذكورين من التقدم والتأخر والضعف والقوة لان المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين  
والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفا حكنا بكونه مراعى

وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلماً أو أقرض وليس للبائع  
الفسخ وان كان جاهلاً (متن)

فحقه أن يكون نافذاً ثم انه قال في (جامع المقاصد) والتحقيق انا ان قلنا ان الاجازة كاشفة لاناقله كانت  
جميع التصرفات مراعاة فيظهر للتقدم أثر حينئذ وحيث انا رجحنا هذا القول فيما سبق كان هذا  
الاحتمال الاخير أقوى فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة احتمل القرعة والابطال في الجميع  
وهذا التحقيق لامناص عنه وبه يسقط ما ذكره المصنف ويبقى الكلام فيما اذا باع من الغرماء ويأتي  
ببانه ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو  
باع سلماً أو أقرض ﴿ قال في (جامع المقاصد) ان تقسيم مصادف المال في الحال من التصرف الى  
ما مورده العين وما مورده الذمة غير مستقيم فان ما مورده الذمة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً فان  
البيع بثمن في الذمة كالصداق في النكاح اذا كان في الذمة وأمثال هذين لا تعلق لهما بالمال الموجود  
عند الحجر ولا يعد تصرفاً فيه كما لا يخفى فلا تكون العبارة مستقيمة (قلت) قوله أما لو صادف المال في  
الحال انما هو في مقابلة قوله ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت فكأنه قال لا يمنع مما يصادف  
المال بعد الموت وأما الذي يصادف المال في غير ما بعد الموت وهو الذي يصادف في الحال والحياة  
قسمان قسم يحتمل البطلان والايقاف وقسم صحيح وهو ما يصادف الذمة وليس المراد بالحال المال  
الموجود عند الحجر كما توهمه في جامع المقاصد ويرشد الى ذلك قوله في التذكرة في تقسيم التصرف  
فان تعلق بما بعد الموت كالتدبير والوصية صح وان كان غير متعلق بالموت فاما أن يكون مورده عين  
مال أو مال في الذمة ومن هذا يظهر معنى قوله وان كان المورد في الذمة ان معناه على ما أشار اليه في  
التذكرة ان كان مورد التصرف مال في الذمة فقوله في جامع المقاصد لو قال وان كان المورد  
الذمة كان أفصح لعله لم يصادف محله لان التصرف هنا لا يرد على الذمة وإنما يرد على مال فيها وكيف  
كان فصحة تصرفاته الواردة على ما في الذمة مما لا أجد فيه خلافاً الا من الشافعي في أحد قوله مستندا  
الى أنه كالفقيه لوجود مقتضي وهو صدور العقد من أهله في محله سلماً عن معارضة منع حق الغرماء  
لانه لم يرد على أعيان أمواله ﴿ قوله ﴾ وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلاً ﴿ نبهه بالبائع على  
المشتري سلماً والمقرض فكأنه قال ولا للمشتري سداً ولا للمقرض الفسخ وهو خيرة الشرائع والتذكرة  
والتحجير وجامع المقاصد والايضاح فيما سيأتي في شروط الماوضة وبه جزم المصنف هناك وقواه  
الشهيدان في الحواشي والمسالك قالوا لانه فرط بأقدامه على معاملة من لم يعلم حاله فكان كالراضي  
بعسره ويسره وهذا لا يتم فيمن قامت له البيئة على انه غير مفلس فانه لم يفرط بأقدامه على معاملة من لم  
يعلم حاله مع انه جاهل واقماً وقالوا لان الاصل في العقد المملك عدم التسلط على الفسخ والاخراج عن  
المملك الا بدليل شرعي وتعلق حق الغرماء بما دخل في ملكه فلا يصح ابطاله وهو مبني على تعلق الحجر  
بالمشترى وسياًني للمصنف في المسئلة أي مسئلة الجاهل احتمالات ثلاثة من دون ترجيح الضرب  
والاختصاص بعين ماله والصبر ومثل ذلك ما في الارشاد والايضاح وخيره ولده في شرح الارشاد  
بين الامور الثلاثة ووجه الضرب انه غريم لانه صاحب دين ولانه أدخل في مقابل الثمن ما لا يضر

ويتعلق بالمتجدد كالقرض والمبيع والتمهت وغيرها الحجر ( متن )

بالتمن اذ ليس فيه اضاءة على الغرماء ووجه الثاني يعني انه يفسخ ويختص بعين ماله عموم (١) قول  
السائل فيوجد متاع رجل عنده بعينه وقوله عليه السلام لا يخاصه الغرماء ويضعف الوجهان بما تقدم من  
تعلق حق الغرماء بماله وان كان متجددا على أن العموم ممنوع لان مورده من سبقت معاملته على الحجر  
عملا بدلالة الفاء لانها تقتضي وجد ان المتاع عقيب ركوب الدين بلا فصل فتأمل والضرب مع الغرماء  
يقتضي ابطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها مع ان الوجيهين متافران لانه ان كان  
غريبا اختص بعين ماله وان لم يكن غريبا لم يضرب وأما العالم باعساره فانه يصبر ولا يشارك الغرماء  
اجماعا كما في المسالك وقد نفي عنه الاشكال جماعة  قوله  ﴿ ويتعلق بالمتجدد كالقرض  
والمبيع والتمهت وغيرها الحجر ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو  
الذي تعطيه عبارة الشرائع وقال ولد المصنف في ( شرح الارشاد ) ان عدم تعلق الحجر به أولى  
واستشكل في الارشاد ولم يرجح الشهيد في حواشيه وغاية المراد ( وجه الاول ) انها أموال للمفلس  
وقد حكم الحاكم بتعلق الدين بأمواله والحجر عليه فيها وان الغرض من المنع صرف المال في الدين وعدم  
تضييع حق الناس وانه قد ثبت وجوب قسمة أمواله في الدين وهو مشترك في الموجود والمتجدد ووجه  
العدم ان الاصل عدم الحجر وان الناس مساطون على أموالهم وقد ثبت الحجر في الموجود حال الحجر  
بالاجماع وبقي غيره على الاصل وانه انما حجر عليه في ماله الموجود لنقص فيه والمعدوم لم يتعلق به  
والا لزيد المال على الدين كذا قالوا في بيان القولين ومن الوجيهين يعلم وجه الاشكال وكان الكلام  
في المسئلة غير محرر لان كلام بعض القائلين بالتعلق كالحق الثاني يعطي أن الحاكم حجر عليه في الموجود  
والمتجدد كأن يقول له حجرت عليك جميع التصرفات المالية من موجود ومتجدد ولا أظن ان أحدا  
يخالف في التعلق ويستشكل في ذلك كما ان كلام فخر الاسلام صريح في أن الحجر انما يتعلق  
بالموجود لا غير وهذا لا ينبغي أن يستشكل فيه لان الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم ولا يثبت بدونه  
فان كان حكمه وتحريره شاملا للمتجدد ثبت فيه والا فلا وحينئذ فينبغي الرجوع الى الحاكم ويستل  
كيف حجر وحيث يتعذر ولا يعلم الحال فالاصل عدم التعدي لعدم الدليل والظاهر لا يعارض الاصل  
ان كان الأذن قول ان المتبادر لمكان القرائن الحالية من قوله حجرت عليك أو حجرت عليك التصرف  
في المال أو في مالك التحجير في المتجدد وغيره فيكون محل النزاع ما اذا أتى بهذه الالفاظ وما مائلها  
مما ليس نصا في تخصيص ولا تعميم فهذا يتمسك بالتبادر بمعونة القرائن وهذا يتمسك بالاصل وينكر  
التبادر فتأمل جيدا وان كان محل النزاع أنه هل له أن يحجر عن الموجود والمتجدد فالظاهر انه لذلك  
لاتحاد الطريق اذ لا فرق ولا مانع وان كان محل النزاع أنه هل للحاكم أن يحجر عليه ثانيا في ذلك  
المتجدد فالظاهر ان له ذلك أيضا لما تقدم من عدم الفارق والمانع ويبقى الكلام في نماء المال الموجود  
عند الحجر ولهم يتسالمون على تعلق الحجر به لتبعيته ووجوده بغير اختياره وارا دته ولا كذلك ما يكتسبه

(١) عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو أحق بها ويضعف الى آخره ( نسخة )

ولو باعه عبدا بثمان في ذمته بشرط الاعتاق فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع والا  
جاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع  
والاقوى صحة عتقه في الحال (متن)

اذ لا يجب عليه الاكتساب فكان محل اشكال  قوله  ولو باعه عبدا بثمان في ذمته بشرط  
الاعتاق فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع والا جاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال  
احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال  هذا فرع ذكره في  
التذكرة وأوضح مبناه وعبارة الكتاب مبنية على ذلك المبنى خالية مما رماها به في جامع المقاصد  
من النظر والمدافعة جيدة النظم واضحة المعنى وقد فهم منها في جامع المقاصد غير المراد منها قال  
في (جامع المقاصد) في بيان معناها اذا باع بايع المفلس عبدا بثمان في ذمته وشرط في البيع أن يعتقه  
بني صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة فان  
قلنا بالبطلان كان الاقوى هنا القول ببطلان البيع لان الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة حيث انه  
اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر فان العبد على تقدير صحة البيع مال المفلس لا تنتقله  
الى ملكه والحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق فيكون باطلا فيبطل البيع ببطلانه  
لان الشرط اذا بطل أبطل خصوصا هنا لان اعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض لان  
الثمن حينئذ يكون أقل فاذا فات فقد فات بعض الثمن فتمتنع الصحة ثم قال وفي هذا التفرع  
نظر اذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الاموال التي تعلق بها حق الغرماء بطلان ما ليس كذلك فهو  
بمنزلة ما اذا كان المورد الذمة وهنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع لان تعلق حقهم  
بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به وهنا كذلك  
لان انتقال العبد مشروط في سبب انتقاله العتق وهو مناف لتعلق حق الغرماء والا لم ينفذ فينتفي المانع  
من صحة الشرط فيصح البيع واختيار المصنف اخيرا ينبه على هذا أنهى ما اردنا نقله من كلامه  
وقد عرفت انه بني صحة البيع المذكور على ان تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي  
باطلة أو موقوفة والمصنف لم يبين المسئلة على ذلك وانما بناها على ان التصرف في الذمة باطل كما هو  
أحد وجهي الشافعية قال في (التذكرة) لو باعه عبدا بثمان في ذمته بشرط الاعتاق فان ابطلنا جميع  
التصرفات سواء وردت على العين أو في الذمة فالاقوى بطلان البيع وان قلنا بالصحة فيما يكون مورده  
الذمة على ما اخترناه صح البيع والعتق معا ويكون العتق موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين  
لا رجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال أنهى وهي عبارة الكتاب بمعنى وعلى هذا المبنى  
لا يرد عليها شيء مما أورده في (جامع المقاصد) من النظر والمدافعة كما ستسمع المدافعة نعم قد يرد  
عليها بناء على ذلك أنه يتعين بطلان البيع لا انه الاقوى ويمكن تأويله بمثل ما مضى في التصرف  
الوارد على المين وانه يبعد على القول بالصحة فيما مورده الذمة ان يكون العتق موقوفا فان فضل نفذ  
العتق وأن قصر المال أحتمل صرفه في الدين لانه مال المفلس ووجه البعد ما ذكره في (جامع المقاصد)  
من أن تعلق حقهم بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء  
به الا ان نقول انه بناء على ان هذا الشرط مخالف للسنة فيكون باطلا وانه اذا بطل الشرط لا يبطل

ولو وهب بشرط الثواب ثم افلس لم يكن له اسقاط الثواب ولو اقر بدين سابق لزمه وهل ينفذ على الغرماء اشكال ينشاء من تعلق حقهم بماله كالرهن ومن مساواة الاقرار للبينة ولا تهمه فيه (متن)

العقد لكنه يقوم حينئذ احتمال تسلط البايع على الفسخ ورجوعه اليه وكان الواجب حينئذ ان يذكره ولعله نبه عليه بقوله لارجوعه الى البايع فتأمل ولما كان هذان الاحتمالان كما ترى قال والاقوى صحة عتقه في الحال فقوله أولا الاقوى بطلان البيع مبني على القول ببطلان ما مورده الذمة وليس مفرعا على كونها أي التصرفات موقوفة كما فهمه في (جامع المقاصد) حتى يدافع قوله الاقوى صحة البيع والعتق في الحال قال في (جامع المقاصد) واعلم أن نظم العبارة غير حسن لما يظهر من المدافعة بين كون الاقوى بطلان البيع تفريرا على كونها موقوفة وبين ما صرح به أخيرا من أن الاقوى صحة البيع والعتق في الحال فلو قال احتمل بناء البطلان هنا ووقوعه موقوفا على القولين السابقين والاقوى الصحة وجواز العتق في الحال لكان أحسن وأبعد عن الخلل في الفهم انتهى وأراد بقوله تفريرا على كونها موقوفة للايقاف الذي مضى للمصنف فيما اذا كان مورد التصرف عين مال فانه احتمل هناك البطلان والايقاف وظن ان ما نحن فيه مفرعا على الايقاف ولقد ذهب بعيدا اذ تلك مسألة عين المال وقد فرغ منها ومن فروعها وما نحن فيه من مسألة الذمة وبقايا فروعها ثم ان المصنف قال فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع فقد فرغ الاقوى على البطلان كما فهمه هو أولا الايقاف لا الذي فرغ منه ولو لاحظ التذكرة لضرب على ما حرره قوله ﴿ ولو وهب بشرط الثواب ثم افلس لم يكن له اسقاط الثواب ﴾ اذا وهب المفلس شيئا فاما ان يقبض قبل الفلاس أولا فان كان الثاني فلا حكم له وان كان الأول فاما ان يعين ثوبا أو يطلق فان كان الأول فلا بحث وان كان الثاني فقد ذكر فيه في التحرير ثلاثة أوجه (الأول) وجوب قيمة الموهوب فلا يجوز له اخذ اقل من ذلك (الثاني) ما جرت العادة أن يثاب مثله فليس له أن يرضى بدونه (الثالث) ما يرضى به الواهب فيكون ما يرضى به وان قل ولا اعتراض للغرماء وقال في باب الهبة ان شرط ثوبا مجهولا صح ولزمه دفع ما يصدق عليه اطلاق الأسم ولو اثنابه منها أي الهبة فالاقرب الجواز ولا يجب عليه دفع ما يرضى به الواهب ولا قيمة الموهوب ولا ما تقضي العادة به وقوى الشيخ لزوم الأخير ووجه عدم الاسقاط انه مال ثبت له فلا يكون له اسقاطه لانه تصرف في المال بالاسقاط فيكون ممنوعا منه ولو شرط عليه في عقد لازم اشتراط رهن عين من ماله فقد احتمل في جامع المقاصد انه كاشتراط الثواب قوله ﴿ ولو اقر بدين سابق لزمه ﴾ قولا واحدا كما في جامع المقاصد وظاهر المسالك ولا اجد فيه مخالفا ولا حكاية خلاف سوى ما حكاه فخر الاسلام في شرح الارشاد عن بعض الاصحاب انه لا يصح اقراره مطلقا كالسفيه لعدم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والمانع في العين منتف هنا لانه في العين مناف لحق الديان المتعلق بها وان الاقرار ليس كالانشاء حيث قيل ببطلانه رأسا فلا ينفذ بعد الحجر لان الفرض من ابطال التصرف الغاء الانشاء الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يتعلق به الحجر ولم يقتض الحجر سلب أهلية العبارة عن المحجور فاذا تعلق له غرض يبرائة ذمته بالاقرار وجب قبوله منه وانما الخلاف في ان المقر له هل يشارك الغرماء ام لا كما ستسمع قوله ﴿ وهل ينفذ على الغرماء اشكال ينشاء من تعلق حقهم بماله كالرهن ومن مساواة الاقرار للبينة ولا تهمه فيه ﴾ اختيار

ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكالسابق (متن)

النفوذ على الغرماء والمشاركة لهم في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وحكاة في غاية المراد عن أبي منصور الطبرسي وهو الذي قر به الشهيد في حواشيه بشرط ان يكون عدلا (حجة الشيخ) ومن واقفه عموم جواز اقرار العقلاء وعموم الاذن في قسمة امواله بين غرمائه والفرق بين الاقرار والانشاء كما عرفت آنفا وانه كالبينة ومع قيامها لا أشكال في المشاركة وان التهمة على الغرماء منتفية لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء وان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه (واجب) بان الخبر قد قبناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر والدليل الثاني ظاهر ضعفه (والجواب) عن الثالث ان الاقرار في اثناء الحجر كالتصرف الحادث بحسب المعنى لمكان المشاركة وان كان بينهما فرق عند عدمها أي المشاركة وكونه كالبينة مطلقا ممنوع واستوضح ذلك فيمن لا يقبل اقراره اذا اقيمت عليه البينة فالتقاعده ليست كلية فلا يصح كبرى الشكل ولا تنتج والتهمة على الغرماء وجوده لانه يريد اسقاط حقه من المال الموجود وتأخير بمواطاة بينه وبين المقر له فلا يتحقق الضرر الا عليهم سادنا لكن اقصاه انه قد يكون متبها وقد لا يكون فلا يصح جعل عدم التهمة وجها للنفوذ ولذلك اختير عدم النفوذ في الارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لولده واللمعة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان بل في جامع المقاصد انه لا ريب ان تعلق حق الغرماء بمال المفلس اقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك فكما ان الراهن لو أقر بسبق رهن لآخر أو بعه اياها لا يسمع في حق المرتهن فهنا كذلك بطريق أولى وفي (التحرير) بعد ان اختار النفوذ كما حكيناه عنه قال وهل يفترق الى اليمين فيه اشكال ولو كذبه الغرماء وقتلنا بوجوب اليمين فان نكل ففي احلاف الغرماء على المواطاة أو المقر له اشكال هذا ويلزم على القول الاول انه لو ادعى عليه شخص بدين فانكر فحلف المدعي ثبت الدين وشارك الغرماء لان اليمين بعد الانكار كالاقرار فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو أقر بدين لا حق بعد الحجر وأسنده الى ما بعد الحجر فان كان قد لزمه باختيار صاحبه كالبيع والقرض وغيرهما من المعاملات المتجددة بعد الحجر فانه يكون في ذمته خاصة ولا يشارك المقر له الغرماء لان صاحب المال رضي بذلك أن علم انه مفلس وأن لم يعلم فقد فرط في ذلك فيلزم الصبر بها الى الفك ولا يشارك الغرماء لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت باعيان امواله كانت باطلة أو موقوفة فلاقرار بها لا يزيد عايبها وقد جزم بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكالسابق ﴾ يريد انه اذا اقر بدين وأسنده الى ما بعد الحجر وقال انه لزمه باتلاف مال أو جناية وحاصله انه لزمه من غير رضا وأختيار من المالك والمجنى عليه وبه يفرق بينه وبين المعاملة الصادرة عن الرضا والاختيار من الجانبين فان في نفوذه على الغرماء الاشكال السابق لان كان منشاؤه في الموضوعين واحدا وقد حكم في (المبسوط والروضة) بالنفوذ

وكذا الاشكال لو اقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي (متن)

وقر به في التذكرة ولم يرجح احد الاحتمالين في جامع المقاصد والمسالك ولم يتعرض له في الايضاح والظاهر ان محل الاشكال ما اذا كان من غير رضا واختيار من الطرفين فالسارق والجاني عمدا ليس محل اشكال (وعساک تقول) لم لم يقدم حق المجني عليه على حق الغرماء كما قدم حقه على حق المرتهن (لانا) نفرق بان العبد المرهون اذا جنى فقد تعلقت جنايته بنفسه التي علق بها صاحب الدين دينه والجناية كانت حصلت من المفلس دون ماله ثم ان الدين في الرهن متعلق في الذمة والرهن معا واما الجناية فلا محل لها سوى الرهن وفيما نحن فيه الدينان متعلقان بالذمة فاستويا ونظيره في حق المفلس أن يجني عبده فيقدم المجني عليه حينئذ على حق الغرماء وتمام الكلام عند قوله ويضرب المجني عليه بالارش \* ﴿ فرع ﴾ \* لو اقر بدين ولم يستند الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده حمل على الثاني وجعل بمنزلة ما لو أسنده الى ما بعد الحجر لاصالة التأخر وعدم التعلق ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الاشكال لو اقر بعين ﴾ أي يجبي الاشكال السابق فيما اذا اقر المفلس بعين من أعيان الاموال التي بيده لشخص وقد أختير النفوذ في المبسوط والتحرير وشرح الارشاد لولده على الظاهر منه في آخر كلامه لمكان تعليقه وكذا التذكرة لانه في آخر المبحث كأنه تردد وكأنه قال به أو مال اليه في الايضاح ووجهه بمثل ما مر في الدين وأنه لو لم يجعل له سبيل الى رد الغصب والعارية والوديعة والمستام ونحو ذلك للزم الحرج ولبعد أن يقر بما في يده لمن ليس له والا لكان سفيا والمبحث انه رشيد ولان هذه العين لم يثبت انها ماله واحتمال المواطاة يدفع الاستبعاد وعدم النفوذ خيرة الارشاد واللمعة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان لمثل ما مر في الدين ولزيادة هنا تردد لاجلها في الشرائع وهي تعلق حق الغرماء بأعيان امواله (وفيه) انه لا فرق بين أخذه بعض الاعيان بموجب التقييط وبين أخذه ذلك البعض مع تعلق حقه به وفي (مجمع البرهان) وكذا شرح الارشاد أن الحاكيم ينبغي له أن يؤخر هذه العين فان فضلت سلمها الى المقر له والاجاء الاشكال كما في الاول وباعها في الديون كما في الثاني وغرمه مثلها أو قيمتها للمقر له وستسمع ما في المبسوط هذا وقال في (المسالك) ان جملة الاقوال في المسئلة انفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة نفي نفوذه فيهما اثباته فيهما ثبوته في العين دون الدين اختاره ابن ادريس وبالعكس قال وهو ظاهر المصنف والكتاب أي الشرائع انتهى وهذا النقل كما ترى لانك قد عرفت ما حكيناه عن ابن ادريس وعن الشرائع ثم ان الشهيد في غاية المراد قال لم يقل أحد بالقبول في العين دون الدين الا متكاف وقد سمعت ما حكيناه عن فخر الاسلام في شرح الارشاد من النفوذ في العين دون الدين ويفهم مما سيأتي قريبا عن المبسوط أن الاقوال تزيد عن الاربعة عند التأمل الصادق لان القول بوجود تأخير العين هنا كما اذا تصرف بها ببيع أو نحوه قوي جدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي ﴾ هذا ذكره في المبسوط وتبعه عليه المصنف وغيره قال في (المبسوط) فان اقر بعين فان اقراره صحيح وتكون العين لمن اقر بها وقيل انه لا يرد العين الا بعد أن يقسم ماله بين الغرماء فان وفي بها أخذ العين وان لم يف تمت من العين و بقي قيمتها في ذمة المفلس ونحوه ما في التذكرة والتحرير والمسالك ولعل غرضهم بقولهم ان وفي بها ولم يقصر الباقي ما اذا أبرأ بعضهم أو زادت القيمة وبذلك تندفع مناقشة المحقق الثاني عن العبارة حيث قال فيها مناقشة فان قوله وان قصر الباقي يقتضي



ولو كذبه المقر له قسمت ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب (متن)

ثبوت الحكم بتسليم العين ان لم يقصر الباقي وان قصر على ما هو مقتضى العطف بأن الوصية وليس بمستقيم اذ مع عدم التصور كيف يتصور صحة الحجر ثم احتمال جعل الواو للحال ولا يخفى بعده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كذبه المقر له قسمت ﴾ كما في التذكرة ومعناه انه لو كذب المقر له المحجور عليه في اقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء تتعلق حقوقهم بها سابقا واخراجها عنهم انما كان مع صحة الاقرار ومع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحا ولا يشكك بأن الاقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له وتكذيبه بل تخرج العين عن المقر بالاقرار وان لم يتعين مالها فيكون مالا مجهول المالك فكيف تعود الى المقر وتقسم بين الغرماء ويأتي في الاقرار بلطف الله وبركة خير خالقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم تحقيق الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا ﴾ أي في دفع المبيع الى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء اشكال ينشأ من بطلان التصرفات الواقعة بعد الحجر المصادقة للمال وكونها موقوفة ولا كذلك الاقرار الصادر من المفلس فانه لازم ونافذ عليه قطعا وان لم ينفذ على الغرماء فاذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمة ونحوها دفعت الى المقر قطعا بلا اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ﴾ ومثله ما في التذكرة أي وكذا الاشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادعى اجنبي شراء عين في يد المفلس ويحتمل عود ضمير يده للأجنبي فيكون الاجنبي قد ادعى شراءه عينا من المفلس وهي في يد الاجنبي فيصدقه فان في نفوذ ذلك على الغرماء في صورتين الاشكال ولا كلام في نفوذه في حقه فيجب عليه مثلها أو قيمتها اذا قسمت على الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ﴾ ونحوه ما في الشرائع والتحرير وقال في (المبسوط) ان أقر بالمال الا أنه قال هو مضاربة فلان فان المقر له لا يخلو من أحد أمرين اما أن يكون غائبا أو حاضرا فان كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه انه الغائب فاذا حلف أقر المال في يده للغائب ولا حق للغرماء فيه وان كان حاضرا نظر فيه فان صدقه ثبت له لانه اقرار من جائز التصرف وصدقه المقر له فوجب أن يكون لازما وان كذبه بطل اقراره ووجب قسمته بين الغرماء (وفيه) بعد تسليم نفوذ اقراره على الغرماء ان اليمين لم تشرع لاثبات مال الغير ثم انه لا وجه لها مع الاقرار وأما ابقاؤه في يده حيث يسمع اقراره فغير بعيد لاصالة عدم العدوان وهو مكلف رشيد وانما ترفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به أما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه وأما اذا كان لحاضر فقد وافقه المصنف على ما ذكره وفي (جامع المقاصد) فيه الاشكال المتقدم وان الاصح عدم القبول وان لم يصدقه فقد مر مثله وحكمه حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص

والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا القرض ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف واجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد (متن)

بعين ماله والصبر ﴿ قد تقدم الكلام في ذلك وانه قوى الاخير في التحرير وقربه في جامع المقاصد وان فخر الاسلام في شرح الارشاد خيره بين الثلاثة وأما العالم فانه يجب عليه الصبر بل ارب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا القرض ﴾ أي تحتل فيه الوجوه الثلاثة مع الجهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف ﴾ هذا ما لزمه بغير اختيار المستحق كارش الجناية على نفس كانت أو طرف وعوض التالف اذا كانت على مال مثلاً أو قيمة وقد صرح بأنه يضرب فيهما في جامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع والارشاد على ذكر الثاني أعني ما اذا اتلف مالا (وحجتهم) على الحكم في الامرين أن المجني عليه أو على ماله لم يوجد منه تقصير ولا رضا وانما ثبت حقه بوجه قهري فثبت له استحقاق الضرب فيبعد تكليفه الصبر والانتظار وهذا هو الاطلاق الذي أشرنا اليه آنفاً ومن ثم قيل مثل ذلك في الجاهل الا أن بينهما فرقا وهو أن الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا الى تقصيره في البحث عن حال معاملة لان المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتهه الا على المقصر في البحث وهذه الادلة كما ترى لا تدفع ما دل على تعلق حق الغرماء بالاعيان فكأنها صارت لهم ولا مال للمفلس فصار ما نحن فيه كمالوجي الراهن ولا مال له غير المرهون فانه لا يزاحم المجني عليه المرتهن فتأمل ولا تغفل عما سلف آنفاً وقد يستدل عليه بعموم الخبر الدال على الضرب وبما دل على وجوب عوض المتلف وهي أيضا كما ترى ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة وتأمل مولانا المقدس الاردبيلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون ﴾ كما في الارشاد وجمع البرهان وفي الاخير ان وجهه ظاهر وهذه العبارة نطقت بأنها في مال المفلس من دون تقييد وفي (الشرائع والتحرير) اذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ولا بذات الاجرة من بيت المال وجب أخذها من المفلس ومقتضي ذلك جواز أخذها من بيت المال ومعنى عدم بذلها من بيت المال انه اذا لم يكن في بيت المال سعة اما لعدمه أو للاحتياج الى صرفه الى ما هو أهم من ذلك جاز أخذها من مال المفلس وفي (التذكرة) انه مؤنة الاموال كاجرة الوزان والناقد والكيال والحمال والمنادي وأجرة البيت الذي فيه المتاع مقدمة على ديون الغرماء لانها لمصلحة الحجر وايصال ارباب الحقوق حقهم ولولم تقدم لم يرغب أحد في تلك الاعمال وحصل الضرر للمفلس والغرماء وهذا كله اذا لم يوجد متطوع بذلك ولا في بيت المال سعة له فان وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس اليها وهو يوافق ما في الشرائع والتحرير واستجوده في المسالك وقال في (جامع المقاصد) انه مع وجود بيت المال يشكل المنع من صرف الاجرة من مال المفلس فان ذلك لضرورة وفاء دينه فكيف لا يجوز صرفه من ماله نعم يجوز ذلك قلت وهو كذلك وأما اذا وجد المتطوع فلا شبهة في عدم جواز صرف الاجرة من مال المفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد

بشرط الغبطة ويمنع من قبض بعض حقه ولا يمنع من وطئ مستولده وفي وطئ غيرها من أمائه  
نظر أقربه المنع فإن أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ولو أقر بمال  
وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضى الضرب (متن)

بشرط الغبطة ﴿ قد تقدم الكلام فيه في أول المطلب الثاني ﴾ قوله ﴿ ويمنع من قبض بعض  
حقه ﴾ وكذا قال في التذكرة وفسر الشهيد العبارة بأنه يمنع من قبض البعض عن الكل وهو معنى  
قوله في الارشاد والتحرير ليس له قبض دون حقه أي صفة كان أو مقدارا وقيده العبارة في جامع المقاصد  
بما إذا لم يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه قال فلو كان عن اتلاف مال كان له قبض البعض ولو كان  
عوضا في بيع لم يكن له ذلك لأن فيه اسقاطا لحق يتعلق بالمال فيمنع منه لأنه تصرف مبتدأ انتهى  
فليتأمل فيه ولا ريب أن المفلس لا يمنع من قبض ماله وإنما يمنع من التصرف فيه لأنه ليس بسفيه فلا بد  
أن يراد من العبارة ما فهمه الشهيد وفرقه في جامع المقاصد بين ما كان عن اتلاف وما كان عوضا في بيع  
لم يتضح لنا وجهه لأن كلا منهما دين لا يجوز له اسقاطه لأنه ممنوع من الاسقاط بعوض بغير العوض  
الموضوع أولى كما نص عليه في مواضع من التذكرة كما لم يتضح لنا وجه القيد أيضا - ﴿ قوله ﴿ ولا  
يمنع من وطئ مستولده ﴾ كما نص عليه في التذكرة لأن الحجر لا يتعلق بها لأنها لا تباع الا اذا كانت  
قد رهنتم قبل الاستيلاء أو كان ثمنها ديناً على مولاها ولا وجه له سواها وأما بيعها في غير ذلك من تمام العشرين  
موضعا فلا يتعلق لا غيرها بما نحن فيه والقول بوجود مؤاجرتها لا يستلزم الحجر بها اذ ذلك متعلق ببعض المنافع  
لكن المصنف ستردد فيما يأتي من الكتاب في بيعها من غير رهن قال وهل تباع أم ولده من غير رهن  
نظر فان منعناه في مؤاجرتها نظر وهذا النظر يناهز الجزم بجواز وطئ المفلس أم ولده وتردده في وطئ  
غيرها من الاماء ويأتي تمام الكلام بلطف الله تعالى وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم  
﴿ قوله ﴿ وفي وطئ غيرها من أمائه نظر أقربه المنع ﴾ كما في التذكرة وهو الاصح كما في  
جامع المقاصد ولم يرجح في الايضاح وينشأ النظر من أنه تصرف معرض للاتلاف لجواز موتها  
في الطلق أو نقصان قيمتها ومن أنه لا يقتضي اخراج ملك وبهذا التقرير يتضح وجهها النظر ولا  
حاجة بنا الى ما في جامع المقاصد من توجيه الاول بمنعه من التصرف في أمواله بالحجر وانه معرض  
للاتلاف بالاحبال فاورد عليه بأنه لا يتم الا اذا أبطلنا حق الغرماء بالاحبال وسيأتي انه لا يبطل ويفهم  
من كلامهم في المقام ان التصرف الذي لا يضر بحقوق الغرماء في الحال ولا في المآل لا يمنع منه  
المحجور عليه ﴿ قوله ﴿ فان أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ﴾  
هذا عين عبارة التذكرة وقضية قوله فيهما مع القصور دونها أنها تؤخر في البيع لئلا يبطل حق  
الاستيلاء من غير موجب ﴿ قوله ﴿ ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون  
السبب لا يقتضي الضرب ﴾ معنى الاطلاق أنه لم يسنده الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده ولا الى  
اتلاف ولا الى غيره والوجه في عدم مشاركته حينئذ احتمال كونه بعد الحجر لاعن اتلاف وأصل عدم  
المشاركة وأصل تاخره مع جهل تاريخه كما هو المفروض والا وجبت مطالبته بالبيان يقضيان بتعين  
هذا الاحتمال وقد يكون من صور الاطلاق ما اذا أسنده الى اتلاف ولم يبين أنه قبل الحجر أو بعده  
أو أسنده الى بعد الحجر ولم يبين أنه عن اتلاف وغيره الى غير ذلك فليتأمل وهذا مبني على أن

ولو أقام شاهداً بدين حلف عنه وجعل في سائر أمواله فإن نكل ففي أحلاف الغرماء اشكال وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء (متن)

الاقرار بما ل أسنده الى سبب قبل الحجر أو اتلاف مطلقاً ماض على الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر أمواله فإن نكل ففي أحلاف الغرماء اشكال ﴾ لانعم خلافاً في أنه للمفلس المحجور عليه الدعوى كما في (التذكرة) فلو أقام شاهداً واحداً بدعواه فإن حلف مع شاهده جاز واستحق به المال وتعلق به حق الغرماء وقد صرح بذلك في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وغيرها ووجه واضح وإن امتنع لم يجبره الحاكم على اليمين لانا لانعم صدق الشاهد ولو علمناه ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا يجبره على الحلف على ما لا نعلم صدقه وأيضاً فالحلف تكسب وهو غير واجب عليه فلو نكل لم يحلف الغرماء مع الشاهد كما هو خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وهو مذهب الاكثر كما في المسالك وفي (جمع البرهان) كأنه جمع عليه وفي (التذكرة) لم يحلف الغرماء مع الشاهد عندنا وفي (جامع المقاصد) الاجماع على امتناع اليمين لاثبات مال الغير والقول بالجواز لابي علي لانه يعود النفع اليهم ويستحقون المطالبة فهو مال لهم بالقوة القريبة (وفيه) انه لا يخرج بذلك عن كونه مال الغير وقيل ان فيه اشكالا آخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفاً لاثبات مال لغيره وهو باقي الغرماء وهو ممتنع أيضاً زيادة على ما تقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيم لم يثبت له أجمع بل يثبت له بعضه (وفيه) ان لابي علي أن يقول انا نختار الاول ولا يستترم ذلك اثبات باقي الدين لباقي الغرماء لانا نقول انما يثبت بذلك استحقاقه الا أن تقول انه يتضمن اثبات مال الغير أيضاً لان استحقاقه حصته فرع على ثبوت جميع الدين في ذمة المدين وان لم يثبت بذلك استحقاق باقي الغرماء فتامل (ثم ان) الشهيد ذكر ان أقسام الحالف لمال الغير ثلاثة (الاول) أن لا يكون للحالف فيه حق فلا يصح حلفه اجماعاً (الثاني) أن يكون للحالف حق ولغيره حق لكن حق الحالف مقدم كما نحن فيه وكالمترهن وخلاف أبي علي في هذا القسم (الثالث) أن يكون للحالف حق ولغيره حق ولكن حق الغير مقدم كالراهن ومالك الجاني فهذا يحلف ويثبت حق غيره وهو جائز اجماعاً قال والوسيلة في جواز حلف الغرماء اذا علموا امتناع الوارث أو المفلس أن يتقوا المال اليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ثم يشهد ويحلفون انتهى فليتامل فيه جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ﴾ أي وكذا يجيء الاشكال لو كان الدين لميت له غرماء ونكل الوارث لكن قال الشهيد لو كان الدين لميت وامتنع الورثة من اليمين جاز للغرماء أن يحلفوا على الاقوى كذا في الحواشي ولعله لان نكول المفلس يورث ديتة ظاهرة ولا كذلك الوارث لانه قد يخفى الحق عليه ولا يخفى على الغرماء وان غرماء الميت آيسون من حلفه فمكنوا من اليمين ولا كذلك غرماء المفلس فتامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء ﴾ الوجه فيه ان أداء الدين الحال مع المطالبة والتمكن من الاداء واجب على الفور فله المنع من كل ما ينافيه والحكم مما لا ريب فيه وليس هذا في الحقيقة منعا من السفر كما يمنع السيد عبده والزوج زوجته بل هو شغل له عن السفر لرفعها الى الحاكم ومطالبته حتى يوفي الحق وحجسه ان ماطل والضمير في يمنعه راجع أما الى

لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لثلاثا تطول مدة الحجر (متن)

المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المغلس عليه لانه مثله على حد قوله جل شأنه وما يعمر من معسر ولا ينقص من عمره أي من عمر آخر لا متناع النقص في عمر من زيد في عمره بالتعمير ﴿قوله﴾ لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ﴿اذا كان الدين مؤجلا لا يمنع منه سواء كان السفر مخوفا أم لا خلف وفاء أم لا اذ ليس له مطالبته في الحال بالحق فليس له أيضا مطالبته برهن ولا كفيل لانه ليس له مطالبته بالحق فكيف تكون له المطالبة بالرهن والكفيل وهو المفرط في حظ نفسه حيث رضي بالتأجيل من دون رهن ولا كفيل وقد حكم هنا بانه ليس له المطالبة بالاشهاد لاصالة العدم ولان الامر في قوله جلت عظمته واستشهدوا شهيدين للارشاد ولثل ما قلناه سابقا حيث رضي بدون اشهاد وقرب في التذكرة انه له ذلك وفي (جامع المقاصد) انه الظاهر لان في ترك الاشهاد ضررا بينا فهو منفي بالآية والحديث (وفيه) انه هو الذي أدخله على نفسه ولعموم قوله واستشهدوا فيشمل ابتداء الادانة واستدامتها ومتى توجه الامر بالاشهاد الى صاحب الدين فلا بد من ايجاب ذلك على المديون والا لم تكمل فائدة الامر (وفيه) انا اذا قلنا ان الامر للارشاد كما عليه الاصحاب لم يتجه ذلك قال ولان حقية الدين ثابتة انما المنفي استحقا المطالبة قبل الاجل فكل ما تفرع على استحقا الاخذ من الرهن والكفيل لا يجب بخلاف ما كان مرتبا على أصل الدين وهو الاشهاد (وفيه) ان هذه التفرقة غير واضحة ولا فرق بين ان يكون الاجل قليلا أو كثيرا ولا بين أن يكون السفر طويلا أو قصيرا فلو بقي من الاجل نصف نهار ثم أراد انشاء سفر طويل في أوله لم يكن لصاحب الدين منعه كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمخالف في ذلك بعض الشافعية ومالك ﴿قوله﴾ ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب ﴿لما فيه من الاضرار والاستخفاف من غير استحقا قال في (التذكرة) اذا ثبت هذا فانه اذا حل الاجل وهو في السفر وتمكن من الاداء وجب عليه اما برجوعه أو بانفاذ وكيله أو ببعث رسالة أو بغيره من الوجوه قال في (جامع المقاصد) هذا ناظر الى عدم وجوب الاداء في غير بلد الدين وقد حققنا الحال في باب البيع وباب الدين وهذه المسائل من أحكام الدين استطراد لها هنا للمشاكلة ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ﴿قوله﴾ ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لثلاثا تطول مدة الحجر ﴿هذا الحكم لم يتعرض له أحد قبل المصنف فيما أجد وظاهره هنا أو صريحه الاستحباب كما هو صريح التذكرة وقال في (التحرير) على الحاكم أن يبادر الى بيع ماله وقسمته وظاهره الوجوب وقد علله هنا بما سمعت وزاد في التذكرة خوف التلف وقال في (جامع المقاصد) ان تعليل الكتاب يرشد الى الوجوب فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الاصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة قال والوجوب أظهر وان عبارة الكتاب تحتمل الامرين وان كانت أظهر في الاستحباب الا أن التعليل يرشد الى الوجوب (قلت) قد عرفت مافي التذكرة من التصريح بالاستحباب مع التعليل المذكور وزيادة والاصل بمعانيه الثلاثة يدفع الوجوب وقال في (التذكرة) ولا يفرض في الاستعمال كيلا يطمع فيه المشترون

واحضار كل متاع الى سوقه واحضار الغرماء والبدأة بالخوف تلفه ثم بالرهن (متن)

بشن بخس واستحسنه في (جامع المقاصد) قوله ﴿ واحضار كل متاع الى سوقه ﴾ أي ان ذلك مستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (المسالك وجمع البرهان) أطلق الجماعة الاستحباب وظاهر اللمعة الوجوب وبه جزم في (الروضة) مع رجاء زيادة القيمة وفي (المسالك) انه حينئذ أولى واستحبه فيه اذا وثق بانتفاء الزيادة اذا باعه في غير سوقه ونفى عنه أي الوجوب البعد في جامع المقاصد الا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه وفي (مجمع البرهان) ان المناسب حينئذ الوجوب (قلت) والاصل ينفي ذلك والوجوب يحتاج الى دليل الا أن يقطع بنقصان القيمة اذا بيع في غير سوقه لانه لا يز يد عن مال الطفل وقد قالوا انه لا يجب عليه أكثر من مراعاة المصلحة بمعنى عدم القيصه ومنهم صاحب (جامع المقاصد) وانه لا يجب عليه تحري الاصلاح وما فيه الغبطة وهذا نافع في هذا الباب وفي (المبسوط والتذكرة) انه ان باعه في غير سوقه بشن مثله كان جائز لان المقصود قد حصل وفي (جامع المقاصد) لو شق نقله الى سوقه نودي عليه فيه قوله ﴿ واحضار الغرماء ﴾ أي يستحب ذلك كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك وجمع البرهان لانه يباع لهم فرمما رغبوا في بعض المتاع فزادوا فيكون أوفر للثمن وأبعد للهممة وظاهر المبسوط وجوب احضار الغريم وفي (التذكرة والتحرير) صرح باستحباب احضاره او وكيله وفي (جامع المقاصد) انه لورجي بحضورهم زيادة نفع وجب واحتمله في (المسالك) وينبغي احضار المفلس وقد ذكر في التذكرة لحضور المفلس فوائد وهي انه أخبر بمتاعه وأعرف بجيده من رديه وثمنه ويعرف المبيع من غيره ولانه تكثر الرغبة بحضوره فان شراء المال من مالكة أحب الى المشتري ولانه أبعدهن الهممة وأطيب لقلب المفلس وليطلع على المبيع ان كان فيباع على وجه لا يرد ودخل هذا في الرهن قال وليس ذلك واجبا فيهما قوله ﴿ والبدئة بالخوف تلفه ﴾ أي يستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير وظاهر الارشاد والتذكرة الوجوب وهو صريح جامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان بل في الاول انه لا ريب في وجوبه لوجوب الاحتياط على الامناء والوكلاء فالحاكم أولى فان تصرفه قهري فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف فيبيع انما كفة والطعام ونحوهما اولا (قلت) لعل من جعل ذلك من المستحب اعتبر احتمال التلف كغيره لا ظن التلف والعلم به قبل بيعه فانه حينئذ تجب المبادرة ويمكن ان يقال ان كون الشيء مخوفا تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف في الوقت فلا يلزم وجوب المبادرة اليه لان ذلك انما هو عند خوف التلف ولا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه من جنسه ان يكون مخوف التلف في وقته قوله ﴿ ثم بالرهن ﴾ البدوة بالرهن بعد المخوف تلفه خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد على ما اختير فيهما من وجوب وندب الا ان وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر الارشاد وصريح جامع المقاصد غير ظاهر وجهه على التقديرين انه ربما زادت قيمته على دين المرتهن فيضم الباقي الى مال المفلس وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع باقي الغرماء وهذا قد يعلم قبل القسمة فيناسب الاستحباب وظاهر التذكرة وجوب تقديم ما يخشى تلفه واستحباب البدئة ببيع الرهن وتقديمه على غيره (قال مسألة) ينبغي للحاكم ان يبدء ببيع الرهن الى آخره (ثم قال) مسألة ويقدم ببيع ما يخاف عليه الفساد ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه

والجاني والتمويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس فان تعاسروا عين الحاكم وأجرته على  
المفلس ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخراً أو معا (متن)

عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات فقوله في المسالك وهذا التقديم يناسب الاستجاب اي تقديم الرهن  
على غيره لان الغرض معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي (التذكرة) قدمه أي الرهن على  
بيع الخوف وما هنا أي الشرائع أولى غير جيد اذ قد عرفت ما في التذكرة وانه ليس فيها الا التقديم  
بحسب الذكر لا التقديم بالفعل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجاني ﴾ جعل بيع الجاني بعد الرهن كما في المبسوط  
والتذكرة والتحرير والمسالك لان العبد الجاني في حكم الرهن لتعلق حق المجني عليه برقبته واختصاصه  
به وربما فضل منه فضله كالرهن ويفارقه بانه لو قصر عن ارش الجناية لم يستحق المجني عليه الزائد  
لان حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فانه متعلق بهما وفي (جامع المقاصد) ان هذا الحكم  
كسابقة ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب وجعل في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير والمسالك بيع  
الحيوان بعد بيع الجاني ونفى عنه البعد في جامع المقاصد لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك وقال في  
(التذكرة) ثم سائر المنقولات لان التلف اليها أسرع من العقارات لانها لا يخشى عليها التلف ولا السرقة  
﴿ قوله ﴾ ﴿ والتمويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس ﴾ أي ينبغي ذلك كما في الشرائع  
والتذكرة والتحرير والارشاد وقال في (المبسوط) اذا اراد الحاكم بيع متاع المفلس يقول للمفلس  
والغرماء ارتضوا بمناد يتادي ويكون ثقة صادقا لان الحاكم لا يتولى ذلك ولا يكلف الغرماء ان يتولوا  
ذلك فان اتفقوا على رجل نظر الحاكم فان كان ثقة امضاه وان كان غير ثقة رده لانه يتعلق بنظره  
فكلامه محتمل للوجوب والتدب والوجوب اظهر وفي (جامع المقاصد) هذا الحكم ينبغي ان يكون  
على طريق الوجوب لان الحق في ذلك للمفلس فانه ماله والغرماء لانهم استحقوا صرفه اليهم بدنيهم  
(قلت) بل قد يقال انه ينبغي ان يكون على سبيل الاستجاب لان الحاكم بحجره على المكلف اسقط  
اعتباره وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهي حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يفوض  
اليهم التمين كما قال هو في (جامع المقاصد) قال فان اتفقوا عليه وكان مرضيا أي ثقة امضاه الحاكم  
والارده وعين مرضيا (قلت) هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم وفي (التذكرة وجامع المقاصد)  
وليس ذلك كالراهن والمرتهن اذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن اذ لا نظر للحاكم معها بخلاف ما هنا  
فان للحاكم نظرا في مال المفلس اذا الحجر بحكمه وربما ظهر غريم فيتعلق حقه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان  
تعاسروا عين الحاكم ﴾ كما في الشرائع قال في (المبسوط) وان اختلفوا فاختار المفلس رجلا والغرماء  
آخر نظر الحاكم فان كان احدهما ثقة والآخر غير ثقة امضى الثقة وقبله وأن كانا ثقتين الا ان احدهما  
بغير أجرة قبله وامضاه وان كانوا جميعاً باجرة قبل أو ثقهما وأصلحهما للبيع وزاد في التذكرة انهما أن  
كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر لانه احوط قال في (جامع المقاصد) بعد نقل كلام التذكرة ومن  
هنا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج الى تنقيح (قلت) قوله أن تعاسروا عين الحاكم محرر منفتح لانهما ان  
كانا متطوعين ثقتين عارفين وتعاسروا فلا ريب انه يعين الحاكم والضم أيضاً من تعيين الحاكم  
﴿ قوله ﴾ ﴿ واجرته على المفلس ﴾ تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسلم المبيع قبل قبض  
الثمن بل متأخراً أو معا ﴾ هذا معنى قوله في الشرائع ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن

وانما يبيع بثمان المثل بنقد البلد حالاً فان خالف جنس الحق صرف اليه ثم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر (متن)

فان تعاسرا تقابضاً معا وفي (التحرير) لا يدفع الى من اشترى شيئاً حتى يقبض الثمن فان امتنع المشتري اجبر على التسليم والاخذ (قلت) الاقسام أربعة لاسبيل الى جبر البائع على التسليم أولاً لان من يتصرف للغير لا بد وان يحتاط فان خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن وائم لكنه قال في (المبسوط) ان هذا أولى بعد أن صحح انها يجبر ان كما ستسمع ولا سبيل الى عدم جبرهما لتعلق حق الغرماء بالثمن وهو حال فلا سبيل الى تأخير بل لورضي المفلس والغرماء بالتأخير لم يكن للحاكم أن يرضى بذلك على احتمال لا مكان ظهور غريم آخر فدينه يتعلق بالمال فتعين أحد القسمين الاخرين وهو اما أن يجبر المشتري على التسليم أو يجبران معا وهو خيرة المبسوط في اول كلامه والمختلف فقد اختلف كلام المبسوط كما قال في المختلف من دون تقادم عهد وقد يجشم الجمع والتأويل وقد يمتثل احتمال آخر وهو ان يجبر على التسليم الى عدل وما يقبضه الحاكم من ائمان المبيع من اموال المفلس على التدرج فان كان الغريم واحداً سلم اليه من غير تأخير وكذا ان امكنت قسمته بسرعته لم يؤخر وان كان يعسر قسمته لقلته وكثرة الديون فله ان يؤخر ليجتمع فان امتنعوا من التأخير قسم عليهم ويأتي في كلام المصنف ما اذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة ﴿ قوله ﴾ وانما يبيع بثمان المثل بنقد البلد حالاً ﴿ كما في التذكرة وجامع المقاصد ووجه واضح لما في النقصان عن ثمن المثل من الضرر في ذلك الزمان والمكان بل يباع بثمان المثل فصاعداً ان امكن من دون سعي بل قال في (التذكرة) لو كان يقرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس انفذ الحاكم اليهم ليتوفروا الثمن على المفلس وخص العقار بالذكر لانه ونحوه مما يرحل اليه ولا يستهجن الانفاذ بسببه والا فما كان الناس ليرحلوا من بلد الى بلد لشراء اثاث البيت ونحوه من طعام وغيره فلا وجه لقوله في جامع المقاصد لا وجه لتخصيص العقار بل وكذا غيره وقال في (التذكرة) ويبيع بنقد البلد وان كان من غير جنس حق الغرماء ومعناه انه لا يبيع الا بنقد البلد لانه أوفر ولان التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف واما كونه حالاً فلانه قد تقدم انه يجب قبض الثمن أولاً ولما في ادامة الحجر من الضرر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خالف جنس الحق صرف اليه ﴾ قال في (التذكرة) ان كان الثمن من جنس مال الغرماء دفع اليهم وان كان من غير جنسه فان لم يرضى المستحقون الا بجنس حقهم صرف الى جنس حقهم ووجه ان ذلك معاوضة لا تجوز الا مع التراضي فان رضوا جاز صرفه اليهم برضا المفلس وفي (التحرير) فان كان من غير جنس الحق دفع الى الغرماء بالقسمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر ﴾ قال في (التذكرة) اذا طلب ارباب الديون القسمة عليهم لم يكلفهم الحاكم اقامة البينة على انه لا غريم سواهم ويكتفي الحاكم في ذلك بالاعلان والاشهاد بالحجر عليه اذ لو كان هناك غريم لظهر وطالب بحقه ولا فرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة الا ان الورثة يحتاجون الى اقامة البينة على ان لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء والفرق ان الورثة اضبط من الغرماء وهذه شهادة على النفي يعسر



ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطاً فان تعذر اودع ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويبيع فاضلها ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة (من)

تحصيلها ومدركها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر أنتهى وفيه تأمل كما في مجمع البرهان بل ينبغي عدم التأخير في الورثة والغرماء الا مع المظنة للأصل وعدم جواز منع الناس عن حقوقهم قوله ﴿ ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطاً فان تعذر اودع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة لكنه قال في (التذكرة) انه أولى وكأنه واقفه صاحب جامع المقاصد وينبغي ان يقولوا مع الرهن كما تقدم مثله في باب الدين وينبغي أن يذكروا بيعه أيضاً وقد يكون مراداً من العبارة وظاهر الشرائع التوقف في جعله في ذمة ولي حيث نسبة الى القيل ووجهه أي التوقف أن وظيفة الحاكم في الاموال التي يليها انما هو الايداع كما هو الشأن في اموال اليتامى وغيرهم ممن أمره أشد من مال المفلس فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة وفرق بينهما في التذكرة فرقا حكاه عن بعض أصحاب الشافعي وهو أن مال الصبي معد لمصلحة تظهر له من شراء تجارة أو عقار وقرضه قد يتعذر معه المبادرة الى ذلك ومال المفلس معد للغرماء خاصة فافترقا انتهى فتأمل ولا يجوز تأجيل القرض بسبب يقضيه من اشترط في بيع ونحوه كما في التذكرة وجامع المقاصد وقال في (التذكرة) وينبغي ان يودع ممن ترتضيه الغرماء فان اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل لم يلتفت الحاكم وعين من أراد من الثقات ولا يودع من ليس بعدل والمحقق الثاني والشهيد الثاني على انه ينبغي اعتبار رضا المفلس أيضاً قوله ﴿ ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويبيع فاضلها ﴾ قدحكي الاجماع في المبسوط والغنية على انه لا تباع دار سكناه ولا خادمه الذي يخدمه وهو أي الاجماع صريح التذكرة في الاول أي الدار وظاهرهما في الخادم وزاد في الغنية الاجماع على عدم بيع دابته التي يجاهد عليها وقد جزم هنا بأنه يباع فاضلها وهو الذي كان يرويه محمد بن الحسن بن الوليد وبه جزم في الروضة ومنع في التذكرة من بيع الدار والخادم وتكليفه شراء ادون منها للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء وقال ان كان في سكناه فضله يستغنى عنها وجب بيع تلك الفضلة وواقفه على هذا جماعة منهم صاحب الجامع وقد تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى في باب الدين وقد يكون أراد بالفاضل هنا ما يخص العين فيوافق التذكرة او ما يعم باعتبار العين والقيمة فيوافق مارواه ابن الوليد رضي الله عنه فاذا كانت الدار واسعة يكتفى ببعضها أو نفيسه يكفيه دار بقيمة بعضها أو الخادم متعدداً أو نفيساً كذلك وجب البيع والاقتصار على ما يكفي وكذلك الشأن في فرسه وتام الكلام في باب الدين قوله ﴿ ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة أمثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة ﴾ لانه مؤسر في أول ذلك اليوم ولا يزيد على ذلك لانه لا ضبط بعده هذا اذا لم يكن له كسب يصرف الى هذه الجهات فان كان ذا صنعة تكفيه لذلك أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء وقد نص على ذلك في التذكرة ولا ينافيه قولهم لا يجب عليه التمسك كقبول الهبة والوصية والصدقة لان هذا لا يجب للغرماء لا للنفقة فتأمل وهل ينفق على الزوجات نفقة المعسرين أو المؤسرين قرب في التذكرة الاول واحتمل الثاني

ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ويقدم كفته الواجب فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقص (متن)

ولعل الدليل على جميع ما ذكر في المتن الاجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم كما في مجمع البرهان ويمكن فهم ذلك كله من الرواية الدالة على استثناء المسكن بمفهوم الموافقة أو تنقيح المناط وأطلق الاهل في الارشاد ولم يقيدهم بمن يجب نفقتهم وقد تقدم الكلام في ذلك كله أيضا وبيننا أنهم قالوا في باب الدين انه يستثنى له قوت يوم وليلة له ولعباله وهذا يخالف ما هنا من أنه يعطى نفقة ذلك اليوم خاصة وكان الجمع ممكن وقوله بالمعروف قيد في النفقة كما ان قوله جاربي عادته قيد في الكسوة كما هو المتعارف في لسان أهل العرف والمراد العادة في الشرف والضعفة على الظاهر فلا يعني أحدهما عن الآخر كما ظنه في جامع المقاصد وقد يراد بالمعروف الاقتصاد ويكون الغرض المنع من التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وان لم تعد اسرافا كما تقدم مثله في باب الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد وقد استضعفا لعدم إمكان الاضرار المؤدي الى الهلاك أو المشقة العظيمة لولاه وظاهر العبارة أن المراد وصوله الى منزله وفي (جامع المقاصد) انه مستقيم ان لم يكن دونه موضع آخر فان كان دونه بلد آخر نفى الاجراء الى وطنه المألوف اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم كفته الواجب ﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد وظاهر مجمع البرهان ويدل عليه صحيحة زرارة ورواية اسماعيل بن أبي زياد قالوا كما في الكفاية ويقتصر على الواجب والرواية مطلقة وفي (التذكرة) بأنه لا يجوز أن يكفن بأزيد الا باذن الغرماء وصرح جماعة بأنه يقدم كفن من تجب نفقته من يجب تكفينه عليه قبل الافلاس قالوا ويعتبر فيه الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الادون مع احتمال به قطع في البيان وقالوا وكذا نستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها كما يمكن اذا احتاج الى الاجرة وتعمم الكلام في باب الطهارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقص ﴾ الاحتمال الاول خيرة الايضاح وجامع المقاصد والاحتمال الثاني خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمسالك (حجة) الاول ان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقص لانه يقتضي ابطال الملك السابق أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فانها غير مملوكة له فتستعاد وأنت خير بان الملك كان مبنيا على الظاهر من انحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه ولا فرق في نفس الامر بين سائر غرمائه وهذه وان لم تكن شركة حقيقية لكن الايقان مشروط بيسط المال على نسبة ديون سائر الغرماء أقصى ما هناك انه لم يكن في أول الامر سواهم في الظاهر فصحت ظاهرا فلما ظهر المشارك في الاستيفاء لم تصح القسمة الاولى وحصة الغريم مشاعة في جميع المال وقد قسم بغير اذنه فلا تصح القسمة من رأس فكان الشأن فيه كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر شريك آخر (ومما ذكر) تظهر حجة القول الآخر وتنقيح البحث أن يقال اذا ظهر غريم بعد القسمة فاما أن يطالب بعين من مال بأن يكون قد باعه مبيعا وعينه قائمة في أموال المفلس فان له أن يرجع في تلك العين أو يطالب بدین في الذمة وعلى الاول فاما أن تكون تلك العين قد صارت بالقسمة في حصة بعض الغرماء أو صارت للغرماء جميعا بالسوية فهي في أيديهم جميعا أو في يد أجنبي بأن يكون قد باعها

ففي الشركة في النماء المتجدد اشكال (متن)

الحاكم وقسم قيمتها على الغرماء فبنا أربع صور ففي صورتنا ما إذا كانت عينا واختص بها بعض الغرماء أو باعها الحاكم لاسبيل الا بقض القسمة لان العين اذا انتزعت من أحدها وردت الى البائع بقي الآخر بغير حق وأما في صورتنا ما اذا كان الطلب ديناً أو عينا ولكنها في يد جميع الغرماء بالسوية فيه الخلاف والظاهر النقض وجعل في الايضاح منشأ الاحتمالين أنها هل هي قسمة حقيقية أو قضاء دين قال ومبنى ذلك على أن الدين هل يتعلق بالشركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية برقة العبد فان قلنا بالاول كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيها الحساب لانه يكون بمنزلة صاحب الدين اذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع عايشه بالزائد وان قلنا بالثاني فهي قسمة حقيقية فتبطل لانها قسمة الكل بين بعض المستحقين وهو كما ترى لم يتضح لنا وجهه ولا سيما الشق الثاني لانه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الارش ثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية والحجني عليه لا يملك الجاني ولا شيئاً منه بمجرد الجناية وان استحق ذلك اذا كانت غير عمد أو كانت عمداً على الصحيح وتظهر فائدة القولين في النماء المتجدد بعد القسمة فعلى النقض لاشركة بل الاصل والناء باق على ملك المفلس فيقسم الجميع بين الغرماء وعلى الرجوع بالحصة النماء مشترك بين المفلس والغرماء على نسبة المملوك بالقبض فاذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلاً ملك كل واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض فيملك تسعة أعشار النماء ويبقى عشر المقبوض وعشر النماء على ملك المفلس فيجمع الجميع ويدفع الحصة الى الغريم ويقسم بماؤها بين الجميع كما ستسمع تمام الكلام عند بيان الاشكال في كلام المصنف وتظهر أيضاً فيما اذا تصرف واحد في مقدار نصيبه فعلى الاول يمضي وعلى الثاني يجب بدله وتظهر أيضاً في وجوب الزكاة اذا بلغ النصيب النصاب واجتمعت الشروط على الاول دون الثاني وفيما اذا زادت القيمة الآن فعلى النقض تصرف الزيادة في باقي الديون والا أخذ ما يصيبه من القسمة الاولى وفيما اذا أتلف أحدهم ما أخذه وكان معسراً لا يمكن الرجوع عليه بشيء فان قلنا بالاول أي الحصة رجع على المؤسر بذلك القدر لا غير وان قلنا بالنقض جعل ما في يد الآخر كل المال واقتسامه دون المعسر ولنوضح الحال في أصل المسئلة في عنوان المثال (فتقول) اذا قسم الغريمان المال وهو خمسة عشر ودين أحدهما عشرون والآخر عشرة فانه يقسم أثلاثاً يأخذ صاحب العشرين عشرة وصاحب العشرة خمسة فاذا ظهر غريم ثالث وله ثلاثون فان قلنا بالنقض نقضت القسمة وبسط المال على نسبة مال كل منهم فاذا كانت الخمسة عشر من جنس الدنانير بسطانها على الديون أرباعاً لانها ستون وان قلنا بعدم النقض استرد الظاهر من كل واحد منهما نصف ما حصل له وان كان الذي ظهر دينه عشرة استرد من كل واحد منهما ثلث ما أخذه  قوله  ﴿ففي الشركة في النماء المتجدد اشكال﴾ قال في (الايضاح) هذا فرع على النقض وعدمه فان قلنا بالنقض شارك والا فلا ومنشأ الاشكال هل هو رفع قسمة من أصلها أم فسخ متجدد وهو كما ترى وقد عرفت آتفاً انه متفرع على الاحتمالين السابقين وكيفية تفريره بما لا مزيد عليه لكن المتبادر من العبارة تفريع الشركة في النماء وعدمه على احتمال النقض وليس مراداً ولا صحيحاً كما في جامع المقاصد وهو ظاهر وكذا المتبادر منها أن الشركة في النماء وعدمها بين الغريم الظاهر وعدمه وباقي الغرماء لا بينهم وبين المفلس وهو الذي فهمه الشارح والشهيد الثاني

ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بمجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لأنه دين لزم المفلس والاقرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء ( متن )

في المسالك ولا شبهة انه غلط لا محصل له يظهر بأدنى تأمل كما في جامع المقاصد قال بل المراد الشركة بين المفلس والغرماء وعدمها وان تصعب فهمه من العبارة ثم ان المصنف اختار الرجوع بالحصصة وجعل النقض احتمالا فكيف يكون عنده اشكال في الشركة وعدمها لان الاشكال يقضي بتكافؤ الطرفين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال ﴾ ينشأ من الضمان بصحيحه والاصل كما في الايضاح والاصح الضمان واحتسابه على الغرماء كما في جامع المقاصد ومعناه أنه لو تلف المال في يد الغرماء بغير تفریط بعد ظهور غريم آخر وتقض الحاكم ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم اشكال ينشأ من عدم التفریط واصالة البراءة ومن أنهم قبضوه للاستيفاء والقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه للقاعدة المقررة مع تأييده بظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي وفي (جامع المقاصد) أن في كلام المصنف مناقشتين (أحدهما) أنه قد أسلف في الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء وكذا في نظائره فلا وجه للاشكال (قلت) لعل هذا عند المصنف وولده ليس من نظائره لانه بحكم الحاكم فالتسليم والتسلم واجبان فكان محل اشكال مضافا الى ما يأتي (الثانية) أن تقييده التلف بكونه بعد النقض لا محصل له لانه ان أراد بالنقض تصريح الحاكم بقوله تقضت القسمة فلا أثر لهذا القول والقسمة منقوضة مع هذا القول وعدمه (قلت) كأنه لم يلحظ كلام القوم اذ قضية كلامهم أنها لا تنقض الا بحكم الحاكم لان في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها تقضها الحاكم وظاهره توقفه على قوله وتقضه والظاهر أنه كذلك اقتصارا على المتيقن وبذلك أيضا تدفع المناقشة الاولى أيضا عند امان النظر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بمجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والاقرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء ﴾ ما قر به المصنف هو الذي صححه في المبسوط وجزم به في الخلاف وقواه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح واستجوده في جامع المقاصد والظاهر منه في التذكرة كما هو صريح المبسوط والتحرير ان المسئلة مفروضة في التلف في يد الحاكم أو أمينه قبل قبض الغرماء له ولا ريب ان تلفه في يد أحدهما كتلفه في يد المفلس فينحصر الضمان فيه فيقدم المشتري أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين وقيدته في (جامع المقاصد) بما اذا لم يكن النصب معلوما عند القابض يعني الحاكم أو أمينه قال والا استقر الضمان عليه لانه غاصب (قلت) هذا فرض بالنسبة الى الحاكم موهون لان المفروض انه الفقيه المأمون على الدنيا والدين فلا يتخون ولا يقصب ولا يستأمن الا الثقة الامين وظاهر الكتاب ان التلف بعد قبض الغرماء له وهو حينئذ مضمون عليهم لقبضهم اياه للاستيفاء فيتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعا كل بقدر ما يتلف في يده والرجوع على المفلس فيقدم به أو يضرب مع الغرماء فان رجع على الغرماء لم يرجعوا به على المفلس سواء كانوا عالمين أو جاهلين لان قبضهم كان مضمونا نعم لهم الرجوع بدينهم لانه باق وان رجع على المفلس رجع هو على الغرماء لما عرفت والمصنف في الكتابين لم يفصل بين علم المشتري

ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب وهل تباع  
أم ولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشاء  
من كون المنافع أموالا كالأعيان ومن كونها لا تعد مالا ظاهرا والاول أقوى (متن)

بوكالة الامين وعدمه كما صنع في الرهن قال لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم  
المشتري بوكالته ولو لم يعلم المشتري بوكالته حالة البيع فله الرجوع على العدل ولعله لوضوح الفرق اذا  
المفروض انه مفلس نودي عليه واشتهر أمره على أن الامين غير العدل على الظاهر لانه أمين الحاكم  
والعدل ما اختاره المتراهنان فامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ ﴾  
قال في (المبسوط) اذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع  
واقطاع الخيار سأل المشتري الاقالة أو بذل الزيادة ويستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لان فيه  
مصلحة المفلس وان لم يجبه الى ذلك لم يجبر عليه لان البيع الاول قد لزم وظاهره انه يستحب ذلك  
لحاكم أو أمينه وهو ظاهر جامع المقاصد وقد يظهر من الشرائع عدم استحباب ذلك لها حيث قال  
ولو باع الحاكم أو أمينه ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد ولو التمس من المشتري الفسخ لم تجب الاجابة  
لكن تستحب خصوصا اذا قرأنا التمس مبنيا للمجهول وليس في التحرير الا أنه يستحب للمشتري الاقالة  
أو بذل الزيادة ولعل مراده اذا التمس المفلس وفي (الحواشي) انما يستحب اذا كان للبائع خيار مجلس  
أو شرط أو حيوان والا فلا وأما استحباب ذلك للمشتري فلا ريب فيه بل لا ريب في استحباب  
كل اقالة وأما اذا كان هناك خيار يقتضي الفسخ ففي (جامع المقاصد) انه لا اشكال في وجوب الفسخ  
وفي (المسالك) انه أقرب وقد سمعت مافي الحواشي وقال في باب الوكالة لو حضر في مدة الخيار من  
يزيد على ثمن المثل ففي وجوب الفسخ على الوكيل اشكال وصاحب (جامع المقاصد) قال هناك ان  
كانت وكالته شاملة للفسخ بخيار وجب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب ﴾ قد  
نص على ذلك في المبسوط والخلاف وما تأخر عنهما مما تعرض له فيه قال في (المبسوط) لا خلاف  
في أنه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحشاش والاحتطاب والاعتنام والمخالف بن حمزة والمصنف  
في المختلف فأوجبا عليه التكسب واستحسنه الشهيد وقد تقدم الكلام في ذلك كاه في باب الدين وقد  
جمعنا هناك بين قولهم لا يستكسب وقولهم يجب عليه السعي في قضاء الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل تباع  
أم ولده من غير رهن نظر ﴾ جعل منشأ النظر في الايضاح وجامع المقاصد من مفارض عمومي بيع  
أمواله فان أم الولد مال ومنع بيع أمهات الاولاد الا فيما استثناه النص ولا نص هناك قلت والاصح  
أنها لا تباع ولهذا لم يتعرض له الجماعة وانما تعرضوا لمؤاجرتها وهذا النظر ينافي ما سبق من جزم  
المصنف بجواز وطئ المفلس أم ولده وتردده في وطئ غيرها من الاماء فانه على هذا التردد يجب هناك  
أيضا اذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر وقد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان  
منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالا كالأعيان ومن كونها  
لا تعد مالا ظاهرا والاول أقوى ﴾ كما في الايضاح وفي (التحرير) انه الوجه وفي (جامع المقاصد) انه قوي  
وفي (المبسوط) اذا كانت له أم ولد يؤمر باجارتها ويجبر على ذلك بلا خلاف لانها ماله وظاهره ففيه  
بين المسلمين لكنه في التذكرة نقل عن الشافعية وجهين وفيها أي التذكرة ان الثاني أقرب وقد جعل

واذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم وكذا لو اتفقوا على رفع حجره (متن)

وجهي النظر في التذكرة من أن المنافع وان لم تكن مالا قانها تجري مجراها فيجب بذلها للدين ومن حيث ان المنافع لا تعد أموالا حاضرة حاصلة ولو كانت تعد لوجب اجارة المفلس نفسه ولو جب الحج والزكاة فكأن وجهي النظر في الكنايين من واد واحد على اختلافهما وكتلندا فمين والتأويل ممكن والجمع هين والاولى توجيه النظر بما في جامع المقاصد من أن المنافع تعد أموالا أم لا والاصح انها لا تعد أموالا الا اذا استوفيت أو استؤجر عليها فانهم حينئذ عدوها أموالا وأجروها مجراها ولهذا قالوا منافع المملوك لا تضمن الا بالاستيفاء وان منافع الحر اذا استؤجر عليها كالاجير الخاص تضمن وانها لو كانت مالا لوجب على المفلس اجارة نفسه وقالوا انه لا يجب الحج مع الاستطاعة بالمنافع كما اذا استطاع باجارة الدار فلو كانت مالا لوجب اجارتها لتحصيل الاستطاعة كما يجب بيع عين المال كذلك وليس هو حينئذ من قبيل الواجب المشروط بل من قبيل الواجب المطلق الذي يجب تحصيل مقدمته وقال في (جامع المقاصد) يمكن التضي عن لزوم الحج بها بأنه إنما يجب بالمال الحاضر والمنفعة تتجدد شيئا فشيئا ولا يوثق بها بحيث يستوفي الجميع فيستقر ملك الاجرة وقال نعم لو أجر الاعيان بمقدار المؤنة وجب حينئذ لكونه مالكا انتهى وهذا غير ما ذكرناه والظاهر انه غير مرادهم قال الشهيد وعلى الاقوى هل يجب الحج مع الاستطاعة باجارتها ولم يقل باستيفاء منفعتها المتجددة شيئا فشيئا والحاصل ان الوجه الذي ذكره من البعيد جدا ان أحدا يحتمله فتأمل جيدا ولعل ما قر به في التذكرة أقرب الا أن يكون الاجماع على خلافه فانه على القول بوجوب مؤاجرتها يجب أن يواجرها مرة بعد أخرى الى أن يفي الدين أو مدة طويلة وقضية ذلك ادامة الحجر الى قضاء الدين وهو بعيد جدا عن محاسن الشرع لانه وان ملك الاجرة بالعقد لكنه لا يجب تسليمها الا بعد العمل لانه لا يوثق ببقائها بحيث يستوفي الجميع فيستحق ملك الاجرة **قوله** \* واذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم \* هذا مما لا أجد فيه خلافا الا من الشافعي في أحد قولييه وقد حكى في الكفاية قولاً بالاحتياج الى اذن الحاكم ولم نجد ولا حكاة غيره وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وظاهر الارشاد وهو خيرة الايضاح كما يأتي ووجهي في التذكرة بان الحجر لحفظ مال الغرماء وقد حصل فيزول الحجر وتفرق ماله وقد حصل قتره محجورا عليه يزيد في الفرض قلت لاداعي الى تركه محجورا عليه بل يذهب الى من حجر عليه اذ المفروض وجوده والتمكن منه ثم انه هو الذي نادى عليه وأعلن وأشهد بالحجر عليه فان لم ينقض هو ذلك لم يعامله معاملة واستصحبوا الحجر ثم ان الحجر يشمل المتجدد بالاحتطاب وشبهه وأيضا من أقسامه من لا مال له أصلا فلورفع الحجر عنه لا تنفاه المال وجب أن لا يصح الحجر على من لا مال له الا أن يقال ان الحجر في هذا القسم لا يرتفع الا بفك الحاكم عند ما يقتضيه نظره واجتهاده وبالجملة فان كان اجماع والا فلننظر مجال وهذا كما مع اعتراف الغرماء بأنه لا مال له سواء أو عدم تعرضهم لغيره فلو ادعوا أو بعضهم عليه مالا آخر فسيأتي انشاء الله تعالى **قوله** \* وكذا لو اتفقوا على رفع حجره \* أي لا يحتاج الى اذن الحاكم كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الحجر لهم وهو حقهم وهم في أمواله كالمرتهن في حق

ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ولو باع من الغريم ولا دين له سواء صحح على الاقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر (متن)

المرهون ويحتمل انه لا يرتفع وهو القول الآخر للشافعي لاحتمال أن يكون هناك غريم سوامم غائب فلا بد من نظر الحاكم واجتهاده (وفيه) ان الاصل عدمه والا لما جازت قسمة المال على الموجودين مع قيام الاحتمال وادامة العقوبة بالتجويز غير جائزة على انه لو بقي الحجر لاجله لم يكن للحاكم رفعه كما انه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء ﴿ قوله ﴾ ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ﴿ كما في التذكرة والتحرير والايضاح كما يصح بيع المرهون باذن المرتهن ولان الحجر لحقهم فاذا أخذوا جميعا سقط حقهم والاصل عدم غريم آخر وعموم الحجر بالنسبة الى غير الملتبس من الغرماء انما يقتضي المشاركة في الضرب لا توقف صحة البيع على اذنه مع كونه غير معلوم لامتناع أن يخاطب بتحصيل اذن غير المعلوم (وفي جامع المقاصد) انه قريب (أقرب خ ل) وان كان التوقف على اذن الحاكم أولى (قلت) لادليل على هذه الاولوية مع كونه انما حجر عليه لحقوق الغرماء ولو بقي الحجر لاجل هذا المحتمل لم يكن للحاكم دفعه فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ولو باع من الغريم ولا دين له سواء صحح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر ﴿ كما في التذكرة والتحرير وقال في (التذكرة) ويمكن أن يقال لانجزم بصحة البيع وان قلنا ان سقوط الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما أن تقتصر الى ارتفاع الحجر أولا فان افتقرت وجب الجزم بعدم الصحة والا لزم الدور لانه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدين ولا يسقط الدين ما لم يصح البيع (قلت) ويقرر الدور بعبارة أخرى كما في جامع المقاصد وهي ان صحة البيع فرع زوال الدين المتقضي لزوال الحجر وزوال الدين موقوف على صحة البيع (ويمكن الجواب) بأن صحة البيع موقوفة على رضا الغريم الحاضر الظاهر به وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه لان العاقل لا يفعل عبثا فلا يفرق بين المسلم وغيره وان كان مسلما فلوجوب حمل فعل المسلم على الصحة فيحمل الشراء على المعتبر شرعا واحتمال ظهور غريم آخر لا يجدي لان صحة التصرف غير موقوفة على اذن غريم آخر غير ظاهر ويأتي بيان الحال فيما اذا ظهر الغريم الآخر وحكى في جامع المقاصد عن الشارح انه قرر الدور بان سقوط الدين معلول صحة البيع والبيع مشروط بصحة المبيع فيدور (ورده) بأنه مختل لأن كونه معلولا لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطا به وهذا لا يقتضي الدور (قلت) لم اجد ذلك في النسخة التي عندي من الايضاح وهي عتيقة معربة محشاة وعد الى عبارة التذكرة قال وان لم تقتصر صحة البيع الى ارتفاع الحجر فغاية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر فلتخرج الصحة على الخلاف فيما اذا قال العبد لزوجته ان مات سيدي فأنت طالق طلقين وقال السيد لعبد اذا مت فأنت حر فمات السيد وهو لا يتأني على مذهبنا وفيه كما في جامع المقاصد أن أمكان اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر لا يقتضي الصحة لوجوب تقدم الشرط فان رفع الحجر شرط لصحة البيع (قلت) قد يكون حينئذ من قبيل الصلوة واجزاؤها فان مجموع الصلوة متوقف على اجزاؤها من حيث الصحة واجزاؤها من حيث الصحة متوقفة على مجموعها فهو دور المعية وبه يجاب عن الدور أيضا فليتأمل (اذا ثمر هذا) فاذا ظهر غريم والحالة هذه اخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصة هذا ان لم تقل بالنقض وان قلنا به أمكن الحكم بطلان

والحجبي عليه اولى بعبده من الغريم فان طلب فكه فللغريم منعه ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن او العين ﴿ المطالب الرابع في الاختصاص ﴾ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره (متن)

البيع من رأس لان الدين لا يجوز جعله ثمنا اذ لا يستحق استيفاؤه والحالة هذه فلا يجوز ان يقابل به مال كما حققه المحقق الثاني وقال فما قواه المصنف لا يخلو من نظر اذ لو ظهر غريم والحالة هذه تطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصة وان اذن الحاكم لتبين عدم صحة مقاباتها بمال وليعلم أنه لا فرق بين ما اذا اتحد الغريم أو تعدد واشتروا جميعاً وأنه لو كان شراء الغريم بغير الدين فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع الاجنبي يجب الحكم هنا بالصحة في الجميع وأن ظهر غريم ﴿ قوله ﴾ والحجبي عليه اولى بعبده من الغريم فان طلب فكه فللغريم منعه ﴿ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد فيباع العبد في الجناية فان زادت قيمته رد الفاضل الى الغرماء ولو كانت اقل لم يثبت للمجني عليه غيرها وله استرقاقه وانما كان اولى مع استيعاب الجناية لقيمته لان حقه متعلق بعين الجاني ولا يستحق سواء فذلك كان للغريم منعه لو طلب فكه مع عدم المصلحة في فكه فلو كانت هناك مصلحة كما اذا كان كسوبا يشر مالاً الى حين القسمة وقيمته باقية فله فكه لمصلحته والضمير راجع الى المفلس والتقدير ظاهر لا الى الحجبي عليه توسعاً لان الاضافة تكفي فيها اذنى ملاسه ولو كان المفلس هو الجاني كان غريمه اسوة الغرماء لانها هنا تتعلق بذمة الجاني فكان كغيره من الغرماء وقد تقدم وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر ﴿ قوله ﴾ ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين ﴿ كما في التذكرة لان المال للمفلس تلف في يد أمينه وهو ظاهر اذا كان عيناً وأما اذا كان ثمناً فلانه دخل في ملكه بالبيع عنه وانما يملكه الغرماء بقبضه لكن تعلق حقهم به يجري مجرى الرهن حيث تعلق حق المرتهن به وكما ان تلف الرهن من الراهن وان كان في يد المرتهن فكذا هنا ولا ريب ان المراد اذا لم يكن التلف بالتعدي أو التفريط وقال مالك العروض اذا تلفت من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء ولا فرق بين أن يكون الضياع في حياة المفلس أو بعد موته وقال أبو حنيفة ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء ﴿ المطالب الرابع في الاختصاص ﴾ ﴿ قوله ﴾ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره ﴿ قاله في الصحابة أمير المؤمنين عليه السلام وعثمان وابو هريرة وفي التابعين عروة ابن الزبير وفي الفقهاء مالك والاوزاعي والشافعي والعبري واحمد واسحق وبه صرح في الخلاف والغنية والسرائر والشرائع وما تأخر عنها مما تعرض له فيه وهو المحكي عن أبي علي والقاضي وفي (الغنية وجامع المقاصد) الاجماع عليه وفي (المسالك) انه المشهور وعليه العمل وفي (مجمع البرهان) انه المشهور وفي (الكفاية) انه الاشهر ولا فرق عندهم بين ان يكون للمفلس مال سوى العين ام لا كما هو قضية كلام جماعة وصريح آخرين تمسكا بعموم النص وفي (التهذيب والاستبصار) والنهاية (المبسوط) انه لا اختصاص الا ان يكون هناك وفاء. ويتصور ذلك بتجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب وبكون الديون انما تزيد على امواله مع ضمنية الدين المتعلق بمتاع واجده فاذا خرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين امواله صارت وافية بالدين (حجة المشهور) صحيحة عمر ابن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه



وله الضرب بالدين والخيار على الفور على اشكال (متن)

الغرماء وقد خصصت بالمحجور عليه لفس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر وحيوته بالاجماع اذ الظاهر انهم مطبقون على انه لا رجوع بالعين لو كان الغريم غير مفلس محجور عليه لفسه ولعل فيها اشعارا بكونه محجورا عليه للفلس لمكان قول السائل يركبه وقول الامام عليه السلام لا يحاصه وقول السائل عنده قد يقضي بانه حي وظاهر قوله عليه السلام لا يحاصه يدل على ان ليس هناك وفاة للغرماء فكان فهم الاصحاب في محله وروى العامة من ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو احق بها ونحوه ما رووه عن ابي حلوة البرقي (وحجة الشيخ) صحيحة ابي ولاد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله واصاب البايع متاعه بعينه له ان يأخذه اذا خفق له (خفي له خل) قال فقال ان كان عليه دين وترك نحو ما عليه فليأخذ ان خفي له فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحو ما دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع وخفي يستعمل في الظهور والخفاء وخفق يأتي بمعنى لمع وهي لا تدل على مطلوبه لتخصيصها بالميت بل يمكن تخصيصها بالفلس اذا مات لأشعار قوله عليه السلام يأخذ بحصته بتقسيم ماله على الغرماء وذلك في الفس وكأنه الى ذلك نظر بعضهم وقال باختصاص الحكم بالفلس حين الموت لكن قد عرفت أن الميت يحل ما عليه من الديون فتقسم وتمحص مع عدم الوفاء ومعه يقدم صاحب العين فتكون واردة في الميت مطلقا ولك ان تقول انها ليست في ذلك نصه ولا بتلك المكانة من الظهور وأن الرجوع الى العين خلاف القواعد فيقتصر فيه على محل الوفاق وظهور الدليل لكن المشهور انه لا فرق بين أن يموت المديون محجورا ام لا فقد فهموا الاطلاق من الرواية وكيف كان فليست بموجبه لحمل صحيحة عمر ابن يزيد على ما اذا كان ميتا ووفى ماله لانه لا منافات بينهما على ان الاولى ظاهرة في عدم الوفاء كما عرفت وقد وجها الفرق بين الميت والحى المفلس ان الميت لا تبقى له ذمة فديونه تتعلق بامواله ولا كذلك الحى فانه قادر على الاكتساب وتحصيل شيء للغرماء ولا كذلك الميت ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الضرب بالدين ﴾ لعله لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وهو كذلك وان ترك ذكره البعض وصحيحة ابي ولاد التي تقدمت تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب فما في الحدائق غير صحيح وأشار بقوله بالدين الى انه يضرب بالثمن لا بالقيمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والخيار على الفور على اشكال ﴾ ولم يرجح أيضا ولده في الايضاح ولا الشهيد في الحواشي وفي (المبسوط) ان الفور احوط وفي (المسالك) أولى وفي (الشرائع) لو قيل بالتراضي جاز وفي (التحرير) كان وجها وهو خيرة المسالك وفي (التذكرة) الاقرب انه على الفور وفي (جامع المقاصد) يمكن ترجيح الفورية بانها الاشهر في كلام الاصحاب وفيه جمع بين الحقين فالقول بالفورية قريب أنتهى (قلت) وجه الفورية كما في التذكرة بان الاصل عدم الخيار فيكون الاصل عدم بقائه لو وجد ومعناه ان الاصل في البيع الزوم فيقتصر في الخروج عنه على ما تندفع به الضرورة وانه خيار ثبت في المبيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب وهذا كما ترى وان القول بالتراضي يؤدي الى الاضرار بالغرماء من حيث انه يؤدي الى تأخير حقوقهم ووجه التراخي انه حق رجوع لا يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة وهذا كما ترى وان النص دل على ثبوت

سواء كان هناك وفاء أم لا ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والمعوض والمعاوضة  
أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالأفلاس فلو وفي المال فلا رجوع  
ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة وتجويز ظهور غريم (متن)

الخيار فيكون مخرجا لهذا الفرد عن اللزوم وعوده يحتاج الى دليل واصل اللزوم معارض باصل بقاء  
الخيار واستصحابه وقد يفهم من صحيحتي عمر وابي ولاد عدم الفورية لعدم التعرض لها فيها بإشارة ولا  
تلويح والامر في قوله عليه السلام فليأخذ ليس للفور اجماعا وقد ثبت له الاخذ فيبقى وقد تقدم لنا  
في خيار الغبن والرؤية ماله نفع تام في المقام هذا وقوله الخيار على الفور جملة معترضة ﴿ قوله ﴾  
﴿ سواء كان هناك وفاء أم لا ﴾ في الحواشي في هذه العبارة نظر لانه مع وفاء المال يمنع من الرجوع  
في العين قلت لان التقدير ان من وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره اذا كان هناك مال  
سواها سواء وفي لباقي الدين ام لا لان هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله وان لم يكن سواها لكنه  
على الشق المحذوف اي هو احق ان كان سواها وان لم يكن وعلى تقدير ان يكون سواها فهو احق  
سواء كان هناك وفاء لباقي الدين اولا ويتصور ان يكون في التركة وفاء لباقي الدين مع الحجر بما  
ذكرناه آنفا في توجيه كلام الشيخ من تجدد ارث أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أو بأخراج دين صاحب  
العين من بين الدين وعينه من بين الاموال وحينئذ فكيف يثبت له الخيار قلنا يثبت له الخيار في اول  
الامر عند اول الحجر فيستصحب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والمعوض  
والمعاوضة ﴾ قال في (التذكرة) حق الرجوع لا يثبت للبائع على الاطلاق بالاجماع بل مشروط بامور  
ولا يختص الرجوع بالبيع بل يثبت في غيره من المعاوضات وانما يظهر الفرض بامور ثلاثة العوض  
المتعذر تحصيله والمعوض المسترجع والمعاوضة التي انتقل بها الملك الى المفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما  
العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالأفلاس فلو وفي المال فلا رجوع ﴾ لا يعجبي  
جعل هذا شرطا هنا لأن هذا شرط للتجوير لا للاختصاص بعد ثبوت الحجر الذي من جملة  
أحكامه الاربعة الاختصاص وامله انما ذكره تمهيدا لما بعده أو للتنبيه على خلاف الشافعي أولهما أو  
للتنبيه على خلاف الشيخ فانه جعل امتناع المؤسرين دفع المثلن للبائع مسلطا له على الفسخ كما يأتي  
التنبيه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة وتجويز ظهور غريم ﴾ هذا ذكره  
الشيخ في المبسوط وفرض المسئلة فيه فيما اذا قالوا له نوفر عليك ثمنها بكاله وتسقط حقتك من العين قال  
وتكون فائدتهم أن العين تساوي أكثر من دينه الذي هو ثمنها فيوفروا عليه الثمن ليرتفعوا بقيمتها  
في ديونهم وهو الذي حكاه عنه في التذكرة بعبارة موجزة محررة وزاد في التحرير ما اذا أرادوا دفع  
الثمن منهم ولا ريب أن في الفرض الاول منة في الجملة وخوف ظهور غريم يزاحمه مع عموم الخبر وفي  
الثاني منة خاصة مع العموم وعبارة الكتاب ظاهرة في معنيين وهما دفعهم اليهم من مالهم حيث لا تكون  
في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض أو من مال المفلس بمعنى تقديمه في الدين والتعليلان  
جاريان في الثاني قطعا والاول في الاول ويبقى ما اذا دفعوا من مالهم للمفلس على سبيل الهبة أو لاعلى  
سبيلها مع ظهور فائدة لهم وبدونها ومقتضى التعليلين وجوب القبول في الاول حيث يشترطون عليه في  
عقد الهبة ابقاء صاحب العين بناء على المختار من جواز الشراء بشرط الاعتاق وتعيينه اذ لا اعتراض

ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضي الثاني الحلول فلا رجوع  
لو كان مؤجلا (متن)

حينئذ للغريم الظاهر ولا منة وبذلك صرح في التحرير حيث قالوا قال فلو دفعوا الى المفلس ثمنا فبذله  
للبائع لم يكن له الفسخ بل هذا يشمل الصورة الثانية وهو ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة ولعل  
اطلاق الخبر عنده لا يتناوله فيجب الرجوع الى الاصل والجري على القواعد وان قلنا ان شرط الايقان  
غير صحيح دخل في ملك المفلس وتعلق به الحجر على القول بتعلقه بالتجدد فيعود المحذور وهو تجويز  
مشاركة الغريم ومنه يعلم حال ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة فصار الحاصل أن الفرض الاول  
وهو ما كان على سبيل الهبة اما غير داخل تحت اطلاق النص ويكفي فيه الشك مع المحافظة على القواعد  
الشرعية أو غير خارج عن المحذور وهو مشاركة الغريم الظاهر (وأما الفرض الثاني) فالمحذور موجود  
فيه وبقى الكلام فيما اذا دفعوا اليه أي صاحب العين الثمن من مالهم لترك العين حيث يكون فيها  
ما يقتضي الرغبة وصاحبها عالم بذلك وهنا لا منة ولا خوف ظهور غريم وقضية كلام المصنف أن لا خيار  
له حينئذ (قلت) هو كذلك عنده لندرة وقوعه جدا وذلك لانه من البعيدين الغرماء يدفعون قيمة ثمن  
عينه مجانا لمكان ظهور زيادة فيها تساوي ذلك أو تزيد عليه على انه قد نبه عليه في التذكرة قال  
اذا كان في السلعة زيادة لغلاء السعر أو كثرة الراغبين اليها بحيث يرجى صعود سعرها فيجب على صاحبها  
أخذ دينه الذي بذله الغرماء ولعله استند الى الاصل وعدم الخروج عن القوانين الا في محل الوفاق  
واليقين وهو ما اذا كانت قيمة العين الآن مساوية لدينه أو انقص محافظة على الضوابط الشرعية ولا  
نعلم شمول الخبرين لذلك فقوله في جامع المقاصد ان المدول عن النص بمثل هذه الاوهام لا يجوز لعله  
لا يجوز فتأمل فكان المتبادر من عبارة الكتاب سالما عن اعتراض الشهيد والمحقق الثاني قال في (جامع  
المقاصد) تبعا للشهيد مع تهذيب لكلامه وزيادة وحسن تأدية لافرق في ذلك بين أن يكون دفع  
الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس سواء دفعوا الى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب  
العين أو دفعوا الى صاحب العين وسواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة أولا لان الخيار  
قد ثبت بالنص فلا يسقط بما ذكر وتعليل المصنف بالامرين أعني المنة وتجويز غريم آخر لا يأتي على  
جميع الصور الى آخر ما قال وقد عرفت الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع  
فلا رجوع ويستوفيه القاضي ﴾ وكذا لو هرب وزاد في التذكرة أو مات وهو ملي وامتنع الوارث من  
دفع الثمن فان البائع لا يتسلط على الفسخ للاصل فلا يعدل عنه الا بالنص ولا يخالف منا الا الشيخ  
حيث جوز للبائع الفسخ في كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المبيع المشتري أولا  
وفي (الدروس) انه لا يخلوا عن قوة وقد يرد على ما زاده في التذكرة انه يجوز رجوع غريم  
الميت بعينه مع الوفاء كما سيجيء وقد يرد هذا على اطلاق الكتاب كما قد يرد عليه أيضا جواز رجوعه  
في خيار التأخير مع عدم القبض أو القبض بغير اذن البائع والتأويل ممكن وقد تقدم الكلام في ذلك  
مستوفى عند الكلام في خيار التأخير وهذا تفرغ على تعذر الاستيفاء بالافلاس لان التعذر هنا ليس  
من جهة الافلاس فذكره غير مستدرك وفيه أيضا التنبيه على خلاف الشافعي أيضا فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿  
﴿ الثاني الحلول ﴾ ﴿ هذا هو الامر الثاني من شرط العوض أي الثمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا رجوع لو  
كان مؤجلا ﴾ كآه مما لا خلاف فيه لانه لا مطالبة له في الحال فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب ولا

ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضه فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والنفق عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للماني فسخ العفو بتعذر الاعراض ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه او يضرب بقيمة السلم مع تلفه او برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم (متن)

يجل الاجل بالفلس وقد تعلق بالعين حق الغرماء ولا دليل على سقوطه ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال ﴾ من عموم الخبر وتعلق حق الغرماء قبله كما في الايضاح من دون ترجيح وزاد في جامع المقاصد أن عموم النصوص دال على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء ( قلت ) ليس في أخبار الباب وهي أربعة إلا أنه يقسم ماله بين غرمائه وان كان له مال أعطي الغرماء وهذا الاطلاق قد يقال انه لا يتناول ذلك فتأمل وقد يوجه الاشكال أيضا من استحقاق المطالبة الآن وانه يشارك قبل القسمة ومن عدمه سابقا فكذا لاحقا وقد قرب في التذكرة انه لو حل الاجل قبل انفكك الحجر انه لا يشارك صاحبه الغرماء وبنى عليه انه ليس لصاحب الدين الذي قد حل الرجوع في عين ماله سواء كان الحاكم قد دفعها في بعض الديون أم لا وقال في (التحرير) ان كان قسم المال وبيعت العين فلا رجوع وان لم تبع كان له الرجوع وهو جيد جدا بناء على المختار من أنه يشارك قبل القسمة وفي (جامع المقاصد) أن الاصح عدم الرجوع من دون تفصيل ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضه فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والنفق عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للماني فسخ العفو بتعذر الاعراض ﴾ هذا الشرط اجاعي كما في (جامع المقاصد) وكان كل ذلك مجمع عليه عند الاصحاب كما يفهم من التذكرة كما في مجمع البرهان وهو أيضا مقتضى الاصل والقواعد الشرعية وحاصله انه انما يثبت الفسخ اذا كان سبب الانتقال معاوضة محضه مثل البيع والاجارة والهبة المعوضة والصلح وغيرها لا غيرها مما فيه شائبة المعاوضة كالنكاح والخلع والنفق عن القصاص على مال بمعنى أن المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق بالفلس وليس للزوج فسخ النكاح اذا لم تسلم المرأة نفسها وهكذا نعم لو طلقها قبل الدخول فسقط نصفه وبقي نصفه وعين الصداق موجودة وقد أفلست فهو أحق بعين ماله وقد قال جماعة انه اذا أعسر زوج المرأة بنفقتها كان له (١) وآخرون انها ترفع أمرها الى الحاكم ليجبره على طلاقها ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه أو برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم ﴾ لما ذكر ثبوت الاختصاص في الاجارة والسلم بدأ أولا بدكر بيان حكم السلم وقد تسالم الاصحاب على ان رأس المال اذا كان باقيا كان له الرجوع اليه والضرب كما تقدم واختلفوا فيما اذا كان رأس المال تالفا مطلقين الكلمة من دون

(١) كذا وجد والظاهر لها (مصححه)

فرق بين ما اذا كان التلف قبل الحجر أو بعده ويأتي بيان الحال فيه وأول من تعرض لهذا الفرع من أصحابنا الشيخ في المبسوط وقد فرض المسئلة فيه فيما اذا كان مال المفلس مشتملا على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه قال وان لم يجد غير ماله فانه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الخنطة وقيل أيضا انه ان أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك والاول أصح وكيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم فاذا ذكرت قيمته ضرب بها مع الغرماء بما يخصه منها فيه فان كان في مال المفلس طعام أعطي منه بقدر ما خصه من الثمن وان لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمة طعاما مثل الطعام الذي يستحقه ويسلم اليه ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التي تخصه لانه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه انتهى فقد اشتمل كلامه على أن المال مشتمل على جنس المسلم فيه وانه يضرب بقيمة المسلم فيه وانه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه وقد وافقه على الاول المصنف في صريح التحريم والتذكرة وكذا المختلف في آخر كلامه لافي أوله وهو ظاهر جامع المقاصد بل كاد يكون صريحه عند التأمل الصادق وخالفه المصنف في المختلف في أول كلامه والشهيدان في الحواشي والمسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان ففرضوا المسئلة فيما اذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه كما صرح بذلك في المسالك ورتبوا على ذلك انه مع تلف عين ماله يتخير بين الضرب بقيمة المسلم فيه ورأس المال لانه متى تعذر المسلم فيه في وقته ولو بغير الاقطاع تخير المسلم بين الفسخ والصبر فيكون هناك ( هنا خل ) كذلك الا أنه هنا مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء فان كان المصنف في الكتاب يوافقهم على هذا الفرض كما هو الظاهر من قوله لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم أي ولا ينحصر أمره في الضرب بالقيمة فيكون هذا أحد وجهي الاشكال ويكون الوجه الثاني أن المسلم فيه قد تعذر فبضرب بقيمته كما هو الشأن في غيره وانه عقد لازم والفسخ انما يكون عند اقطاع جنس المسلم فيه لا عند تعذره بغير الجائحة اذ يمكن حصوله باستقراض ونحوه لا يتوجه على العبارة شيء مما ذكره في جامع المقاصد قال فيها نظر لأن تعذر الوصول الى حقه صغرى قياس حذف كبراه وتقديرها وكل من تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له ومعلوم عدم صحتها كلية ( قلت ) صغراه على ما قلناه هذه صورتها هذا مسلم تعذر وصول حقه وكل مسلم تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له وهي صادقة في باب السلم مجمع عليها في صورة الاقطاع بالجائحة وكذا بغيرها على الظاهر من أخبار ذلك الباب حتى لو كانت هذه الاخيرة محل خلاف وما كان ليكون فليس نظره في جامع المقاصد اليها وقال أيضا انه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده ويجب التفريق بينهما فانه اذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم الا السلم فيه فبعد الحجر يستحق الضرب ليس الا وأما اذا كان التلف بعد الحجر فان الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجودان عين ماله فلا يسقط بتلفها استصحابا لما كان انتهى ( قلت ) على ما عرفت من أن المسلم فيه متى تعذر وصوله الى حقه فسخ لم يبق فرق بين التلف قبل الحجر أو بعده كما هو واضح وان قلنا ان العبارة موافقة للمبسوط وما وافقه من اشتمال مال المفلس على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه يكون الوجه في الضرب بالقيمة وعدم الفسخ ان تلف رأس المال لا يفسخ السلم مع وجود المسلم فيه فيضرب بدينه كما في كل غريم ودينه هو المسلم فيه فيضرب به فيكون حينئذ هو أحد وجهي اشكال

ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان (متن)

المصنف ووجه الفسخ والضرب برأس المال أنه تعذر عليه الوصول الى تمام حقه لمكان مشاركة الغرماء فليمكن من فسخه كله كما لو اقتطع أو فسخ البعض الذي لم يصل اليه فيكون معنى قول المصنف لتعذر الوصول الى حقه عدم وصوله الى حقه تاما وهو الوجه الثاني من الاشكال كما نبه على ذلك كلامه في التذكرة وحينئذ فالقائل بأنه يضرب بالقيمة في هذا الفرض لا يفرق بين كون تلف الثمن قبل القبض ام بعده وكذا القائل بالفسخ لانه ينزل عدم الوصول الى تمام حقه بمنزلة الاقتطاع فيتسلط عنده على الفسخ مطلقا ولهذا أطلقوا ولم يفرقوا كما هو واضح ومعنى الضرب بالقيمة في عبارة الكتاب وغيرها الضرب باعتبارها لانه انما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس باعتبار قيمة المسلم فيه فكأنه ضرب بها كما نبه على ذلك الشيخ في المبسوط في بيان الكيفية كما سمعته آتفا وقد جعل الاشكال في الايضاح في ضربه في القيمة مع التلف نظرا الى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه وفيه ان المانع الشيخ وقد عرفت كيف ذكر الكيفية ثم ان المصنف لا يرى المنع من هذه المعاوضة فكيف يستشكل صحتها (وكيف كان) فالقائل بالضرب بالقيمة الشيخ في المبسوط كما سمعت وقد قرره في التذكرة في أول كلامه والقائل بالتخير بين الضرب بالقيمة والضرب برأس المال على اختلافهم في تصوير المسئلة وفرضها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وصاحب المسالك والمقدس الاردبيلي ونفى عنه البعد في التذكرة في آخر كلامه وفي (المسالك) نسبته الى الاكثر وحكى الشهيد عن ابن المتوج انه ان حل الأجل قبل قسمة ماله اختص بالعين وان حل بعده لم يكن له الا الضرب بالمسلم فيه أو الفسخ وهو كما ترى وحقق هو أي الشهيد انه يضرب بقيمة المسلم فيه فان تعذر أي المسلم فيه جازله الفسخ انتهى فتأمل (ويلعلم) ان عبارة الارشاد مطلقة جداً قال ويتخير المشتري سلما في الضرب بالقيمة أو الثمن انتهى فليأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط بعبارة مطلقة قال واذا أفلس المكتري بالكرانظر فان أفلس قبل مضي شيء من المدة رجع المكتري في المنافع وفسخ الاجارة لانه قد وجد عين ماله لم يتلف منه شيء وأشد منها في الاطلاق عبارة الشرائع قال ولو أفلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الاجارة وبذلك عبر في اجارة المبسوط والخلاف والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والكتاب ولعل الاطلاق لوضوح المراد والا فلا ريب ان فسخ الاجارة من أصلها انما يكون اذا كان الحجر قبل مضي شيء من المدة كما نبه عليه في المبسوط والمصنف هنا وفي التذكرة والمحقق الثاني ويأتي الكلام فيما اذا مضى شيء من المدة ولا ريب أيضا ان ذلك اذا لم يكن قد دفع المستأجر الاجارة كما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وترك في المبسوط والكتاب لشدة وضوحه ووجهه انه يدخل في عموم الخبر لانه وجد عين ماله وان المنافع تنزل منزلة الاعيان في جملة من المواضع مضافا الى اتحاد الطريق وهو الاشتراك في الضرر والاجارة كالبيع معاوضة محضه لا يقصد بها الا العوضان ولا يفرق في هذا أي حيث يريد الفسخ بين أن تكون الاجارة على عين أو ذمة وقد يقال ان الرجوع والفسخ على خلاف الاصل والمنافع ليس لها وجود مستقر فيشك في دخولها تحت

وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الارض ويدفع الى الغرماء ولو بذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء ولو حجر عليه وهو في باديه ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمون باجرة المثل مقدمة على الغرماء ( متن )

العموم اذ في الخبر فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لا يحاصه الغرماء فتأمل لانه قد يقال انه يتناوله اطلاقه لكنه هو والخبر الوارد في الميت عندهم من سنخ واحد على الظاهر وفيه رجل باع متاعا من رجل قبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن ثم مات المشتري والمتاع قام بعينه فقال اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع وقد يناقش في اتحاد الطريق وتنقيح المناط لكننا لم نجد مخالفا ولا متأملا منا في الباب ولا باب الاجارة قوله ﴿ وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الارض ويدفع الى الغرماء ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد ترك ذكره في المبسوط والشرائع ولعله لوضوحه وحاصل العبارة ان المؤجر ان اختار امضاء الاجارة ضرب مع الغرماء بالاجرة وأجر الحاكم العين على المفلس كما يؤجر اعيان أمواله التي لا يمكن بيعها وصرف الاجرة الى الغرماء اذا كانت الاجارة على عين أو في الذمة وحصل التعيين ولو لم يكن قد عين ولم يفسخ طالبه الحاكم بالتهيين ثم يؤجر العين حينئذ قوله ﴿ ولو بذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء ﴾ للاصل وانه قد ثبت له الخيار فلا يزول بذلك والمنة وخوف ظهور غريم على نحو ما مر فتدبر وهذا كله اذا لم يمض من المدة شيء فلو مضى شيء منها له قسط من الاجرة فان فسخ المؤجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عشرين فتلّف أحدهما ففسخ في الآخر وان اختار الامضاء ضرب بجميع الاجرة كما نبه على ذلك في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد قوله ﴿ ولو حجر عليه وهو في باديه ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمون باجرة المثل مقدمة على الغرماء ﴾ المراد بالعين المتاع المحمول على الدابة المستاجرة وقد صرح بذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان قالوا لو أفلس مستاجر الدابة وحجر عليه في خلال الطريق ففسخ المؤجر لم يكن له طرح متاعه في البادية المهلكة ولا في موضع غير محرز بل يجب عليه نقله الى مأمون باجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان ويقدم به على الغرماء لانه لصيانة المال وحفظه وايصاله الى الغرماء فأشبه أجرة الكيال والجمال وأجرة المكان المحفوظ فيه وفي (الارشاد) لو كانت الدابة في بادية نقلت الى مأمون باجرة المثل مقدمة على الغرماء وظاهره ان الدابة من عين مال المفلس يخاف هلا كما نقلت الى المأمون بالاجرة وقد يكون أراد انه لو كانت العين المستاجرة دابة عليها حمل أو متاع وفسخ صاحبها الاجارة في بادية نقلت مع حملها الى المأمون بالاجرة كما عرفت فيوافق القوم وكيف كان لا يسلم ماله الا الى الحاكم ومع التعذر يحفظه حتى يوصله اليه ويمكن نسليمه الى العدل ليوصله اليه ولعل الاولى أن يحفظه ويعلمه به لتلاي يحصل التصرف والنقل من غير اذن بل في (مجمع البرهان) احتمال عدم جواز ذلك في كل مال له صاحب وقد كان بيد المستعير أو الودعي فاخذه ليوصله الى صاحبه أو بعث به اليه الا أن يكون مأذونا بوجه فليتأمل ومثل ذلك ما لو كانت الاجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فانه ينتقل الى المأمون بأجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الاجارة العين أو الذمة

ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة  
الزرع الذي هو حق الغرماء ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر  
بالمنفعة كما يقدم المرتهن (متن)

لتحقق التعيين ويبقى الكلام في المأمن فان كان في صوب المقصد وجب المضي اليه وهل للمؤجر  
تعجيل الفسخ أو يجب عليه الصبر الى المأمن الاقرب الاول وتظهر الفائدة فيما لو كان الاجر في نقله  
مخالفا لما يقع له بعد التقسيط من المسى لانه حينئذ ان فسخ كان له اجرة المثل سواء زادت عن القسط  
من المسى او نقصت او سوت وان لم يفسخ كان القسط من المسى ولو كان النقل الى المأمن هو  
منتهى مسافة الاجارة وجب النقل اليه ويحیی الاحتمالان وهما هل له الفسخ أولا ولو كان النقل الى  
المأمن لا يحصل الا باجرة مساوية للمقصد أو أكثر فالاولى وجوب النقل وعدم تخيره وهو يقدم بالقسط  
للتقل أم لا اشكال ولو كان المأمن في صوب المقصد وصوب مبدأ المسافة على حد واحد أو تعددت  
مواضع الأمن وتساوت قربا وبعدا فالمدار على المصلحة فان تساوت كان له سلوك أيها شاء لكن  
الاولى سلوك ما يلي المقصد لانه مستحق عليه في أصل العقد وان اختلفت الاجرة سلك أقلها اجرة  
وان اختلفت مصلحة المفلس والغرماء فالاولى تقديم مصلحة المفلس كما نبه على ذلك كله في التذكرة  
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ  
فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير  
والارشاد والتذكرة ( وحاصل الكلام ) في المقام انه لو فسخ المؤجر للارض لافلاس المستأجر  
فان كانت فارغة أخذها فان كان قد مضى من المدة شيء كان كما تقدم وان كانت الارض مشغولة  
بالزرع فان كان قد استحصد طالب بمحصاده وتفرغ أرضه وان لم يستحصد فان كان له قيمة اذا قطع  
واتفق المفلس والغرماء على قطعه كان لهم وان اتفقوا على التبقية وبدلوا لصاحب الارض اجرة فلهم  
ذلك بشرط ان يقدموا المؤجر باجرة المثل وفي (التحرير والارشاد) انه يجب عليه الصبر والابقاء وفي  
الاخير انه ليس له الازالة بالارش والظاهر ان له ذلك وان ارادوا التبقية بغير عوض لم يكن لهم ذلك  
ولو اختلفوا اجيب من طلب القطع واحتمل اجابة من طلب الانفع وكذلك في كل ما كان من هذا  
القبيل كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل  
يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد وجمع  
البرهان لان ذلك هو مقتضى الاصل والقواعد لانه عقد لازم عقده قبل الحجر والمنافع المستحقة  
للمستأجر متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم المرتهن ولا فرق في التعيين بين ان يكون في اصل  
العقد أو بعد وروده على الذمة ثم الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتى تنقضي مدة الاجارة ثم يبيعونها وبين  
البيع في الحال لانه يجوز عندنا بيع الاعيان المستأجرة ولا مبالاة بما ينقص من الثمن بسبب الاجارة  
اذ لا يجب على الغرماء الصبر الى أن يزيد مال المفلس وفي ( جامع المقاصد ) انها تباع ان حصل  
راغب والاخر يبيعها الى انقضاء الاجارة ولو اختلف الغرماء في الصبر والبيع اجيب من يطلب البيع وحيث  
يختارون الصبر هل يبقى الحجر مستمرا الى انقضاء الاجارة وجهان ولعل الاقوى عدم ﴿ قوله ﴾



ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة المنفعة الثاني سبق المعاوضة على الحجر والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد الحجر ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمال مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده الى عقد سابق على الحجر والمنع لانه دين حدث بعد القسمة ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ (متن)

﴿ ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة المنفعة ﴾ كما في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان اما الاول فلأنه غريم ظفر بعين ماله فله الرجوع فيه والضرب مع الغرماء واما الثاني وهو انه يضرب بقيمة المنفعة حيث تكون الاجرة تالفة فلان المفروض عدم التعيين فيكون كذاثر الغرماء لا يقدم عليهم في الاستيفاء وليس له الفسخ والضرب بالاجرة لانه ليس كالمسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني سبق المعاوضة على الحجر ﴾ هذا هو الشرط الثاني من شروط المعاوضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد الحجر ﴾ قد سبقت له هذه المسئلة في بحث منع التصرف في موضعين احدهما حيث قال وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلا والثاني حيث قال ويحتمل في الجاهل الضرب والاختصاص والصبر وهنا قرب عدم الاختصاص وعدم تعلقه بها وقد استوفينا الكلام في الموضع الاول واحتمل الشهيد ان يكون تقريب عدم رجوعه لعلمه وفيه ان عدم رجوع العالم محكي عليه الاجماع منفي عنه الاشكال من جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمال مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده الى عقد سابق على الحجر والمنع لانه دين حدث بعد القسمة ﴾ الاحتمال الاول جزم به في التحرير وقربه في التذكرة لانه دين استند الى عقد سابق على الحجر وهو الاجارة فصار كما لو انهدم قبل القسمة وضعف الثاني في التذكرة بان السبب متقدم فيكون مسبه كالتقدم ورده في ( جامع المقاصد ) بعنوان الاحتمال بان وجود السبب وان كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره لانه لا يجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً ومن بعضها لا يفيد وخصوص هذا الوجه لا دليل عليه قال والمنع قريب أنهى فتأمل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وعليه أتوكل وبه استعين ﴾

الحمد لله كما هو اهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله تعالى عن مشايخنا وعلماؤنا اجمعين وعن رواتنا المحسنين وادرجنا ادراجهم وسلك بنا سبيلهم الهم بالأمن آمن ﴿ وبعد ﴾ فهذا ما برز من اجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة زاد الله سبحانه اكرامه تصنيف العبد الاقل محمد الحوادم الحسيني الحسيني العاملي عامله الله تعالى بلطفه الحفي والحلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ هو عندنا كما قاله المصنف في التذكرة والشهيدان وغيرهم مشتق من الضمن لانه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى اولان ذمة الضامن تتضمن الحق فانون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل واما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة والترجيح معنا من وجوه (مها) وجود النون في جميع تصاريفه من ماض ومضارع وامر وثانية وجمع ودعوى اشتقاق ما فيه النون في جميع تصاريفه مما هو خال عنه كذلك

غير معقول (ومنها) ان ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبننا ويحتاج على مذهبهم الى تكلف شديد جدا واما ضمان المتلفات من نفس ومال فانه يناسب المختار وان خرج عما نحن فيه (ومنها) قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فقد قال الشهيد ان ظاهره اختصاصه بالغرم اذ هو خبر في معنى الانشاء وظاهره ان ذلك لمكان الوصف وهو حجة وهل هذا النزاع نشأ من اختلافهم في الحكم ام للعكس وجهان وتظهر الفائدة في مسائل (منها) انه لو ابرأ الضامن برثا معا عندنا ولا يبرأ المضمون عنه عندهم وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض نعم لو ابرأ المضمون عنه يبرأ عندهم ولا يبرأ عندنا لانه ابرأ لمن ليس له عليه شيء الى غير ذلك مما ذكره ابو العباس مما يأتي في تضاعيف الباب وكيف كان فالضمان مشترك لفظي بين معنيين اعم واخص فالاعم هو العهد على وجه خاص بنفس أو مال لمن كان له في ذمته شيء ام لم يكن فان كان نفسا فهو الكفالة وان كان مالا فان كان في ذمته شيء فهو الحوالة والا فالضمان بالمعنى الاخص الا ان الضمان اذا اطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الاخص لكثرة تداوله مع كونه فردا من العام واذا اريد منه القسمان الآخران بخصوصهما احتيج الى التقييد مثل ان يقال ضمان نفس أو ضمان لمن في ذمته شيء وهذا هو مراد الاصحاب مما طفتت به عباراتهم من قولهم ان الضمان الخاص هو المسمى بالضمان بقول مطلق وليس مرادهم ان الضمان مفهوم كلي تحت افراد ثلثة منقسم اليها اتقسام الكلبي الى جزئياته لكن هذا الفرد الخاص لا يحتاج الى قيد وقرينه بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لان من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونها من افراد الكلبي بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد كما صرح به في المسالك ونبه عليه في جامع المقاصد (ويجاب) كما في المسالك بان المتقسم اليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان لا الضمان المطلق وهذا أي مطلق الضمان لا ينافي كونها مجازين بالنظر الى الضمان المطلق وحقيقتين بالنسبة اليه أي مطلق الضمان (والحاصل) انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث يأتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشاء الاختلاف باختلاف الوجهين ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لو حظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة (وانت خير) بان الايراد والجواب في غير محلها كما ستسمع على انا لو قلنا ان الضمان اسم لفهوم كلي وتحت افراد ثلثة لكن هذا الفرد هو المتبادر منها فمعناه انه مطلق صار حقيقة عرفيه في بعض افراده وهذا معنى قولهم الاطلاق ينصرف الى الفرد الشايح فتصير بقية الافراد كالمجازات تحتاج الى قرينة (ثم يرد) على الايراد انا لا نسلم ان اطلاق الكلبي على كل فرد منه حقيقة بل هو مجاز قطعا لكنه قد استعمل في غير ما وضع له ومعنى قولهم انه يصح استعماله في الفرد من حيث كونه فردا حقيقة انه يصح تعليق الحكم بالكلبي من حيث تعلقه بفرد منه بان لا يكون من مقصود المتكلم وارادته في الواقع الا ذلك الفرد مع استعمال اللفظ في الكلبي وتعليقه أي المتكلم الحكم به الا انه اراده من اللفظ واستعمله فيه كما حققه المحقق التفتازاني في باب البيان وله تحقيق آخر وهو ان الكلبي اذا استعمل في فرد باعتبار حصول الماهية فيه مع قطع النظر عن الخصوصيات والمشخصات وبالجملة اريدت الماهية المتحققة في ضمن فردانه يكون حقيقة أيضا وهذا انكره جماعة واتفقوا على ان استعماله في فرد باعتبار

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا (متن)

شخصه وخصوصه يكون مجازا (ويرد) على الجواب انا لانسلم أن المنقسم في كلامهم مطلق الضمان بل الضمان المطلق لأنهم يقولون الضمان كذا وكذا ولا شك انه مطلق ولا يشترط في المنقسم عندهم أن يكون صادقا على جميع الافراد حقيقة كما هو الشأن في تقسيم الطهارة والماء المطلق والوضوء ونحو ذلك كما صرح به جماعة وانت اذا احطت خبرا بما حررناه في المقام ظهر لك عدم صحة تفسير المحقق الثاني لعبارة الكتاب فيما يأتي واندفاع اعتراضه على الشهيد وعدم توجه اعتراض الشهيد الثاني على المحقق قال في (جامع المقاصد) في شرح قوله ويسمى ضمانا بقول مطلق ما نصه أي غير محتاج الى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله فيكون الضمان واقعا على معنيين وهذا بخلاف الكفالة فانها لا تطلق على ضمان المال الا بقيد فيقال كفالة بالمال وفي (حواشي الشهيد) ان الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الا مضافا فيقال في الكفالة ضمان النفس وفي الحوالة ضمان المال ممن عليه مثله فيكون قوله بقوله مطلق مشيرا الى ذلك وفيه نظر فانه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقة وتعريف المصنف يقتضي الحقيقة ومع ذلك فالحوالة لا تختص بمن عليه مثله كما سيأتي في كلام المصنف انشاء الله تعالى والصواب ما ذكرنا وهو الذي ذكره في التذكرة انتهى والموجود في التذكرة أن الضمان قد شرع للتعهد بمال أو نفس وسمى الاول ضمانا بقول مطلق ويخص الثاني باسم الكفالة وقد تطلق الكفالة على ضمان المال لكن بقيد فيقال كفالة بالمال وليس بتلك المكانة من الدلالة على ما أراد وأما المحقق فانه اختار التقسيم على المشهور حيث قال والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فهنا ثلاثة أقسام ثم بين ما عنده في المسئلة من جريان الحوالة في بعض أقسام الضمان فلا يرد اعتراض الشهيد الثاني من أن الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص ولا يحتاج الى جوابه بأن التقسيم جار على محل الوفاق أو باعتبار القسم الآخر وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل فيكون هو أحد الاقسام الثلاثة خاصة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب انتهى ثم يرد عليه أيضا أن الظاهر من القسمة التباين وحصر اسم كل قسم فيما ذكره  قوله  وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا  هذا تعريف له بالمعنى الاعم الشامل للاخص والحوالة والكفالة وفي (جامع المقاصد والمسالك) انه يجبيء في قوله عقد ماسبق في البيع على القول بأنه العقد من أن الضمان هو نفس التعهد لا العقد الدال على التعهد وانه هو التحقيق وان اطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب (قلت) هذا شيء أطال في بيانه المحقق الثاني في باب البيع وقال انه النقل للعقد وواقفه على ذلك الاستاذ الشريف قدس سره وقد بينا في باب البيع انه ليس بشيء وان الفقهاء انما يعرفون ما اصطالحوا عليه حيث يقولون كتاب البيع وأقسام البيع وأحكام البيع ونحو ذلك فانهم انما يريدون بذلك المعاملة القائمة بالبائع والمشتري معا وهو المعنى الحاصل بالعقد وكذلك الحال في الضمان والاجارة والرهن والوكالة والقرض وغيرها وليس المراد بالبيع في كلامهم فعل البائع فقط أي النقل ولا بالضمان فعل الضامن فقط ولا بالاجارة فعل المؤجر فقط وهكذا ويرشد الى ذلك انا ما وجدنا أحدا حدد البيع صريحا بالنقل كما بيناه في محله وان هي الا غفلة والا فالامر أوضح من أن يشبهه وقال في (جامع المقاصد) ويرد على هذا هنا وفي البيع أن البيع

فهنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي صمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه ولو قال أوّدي أو أحضر لم يكن ضمانا ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضا لا مكان العبث (متن)

والضمان وغيرهما قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا ونقل الملك لا يكون الا صحيحا وكذا التعهد (ويجاب) بأن النقل لا يلزم أن يترتب عليه الانتقال وكذا التعهد قد لا يترتب عليه أثره (قلت) لم يتضح وجه هذا الايراد لانه ان كان المراد بيان أن المعاملات أسماء للاعم من الصحيح والفاسد فلا ايراد لان المعلوم أن شرعية العقد المذكور للتعهد أعم من كون أثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد وان كان المراد أن تعريف البيع والضمان ليس جامعا للشرائط فقد عرفت فيما حررناه في تعريف الرهن أن غرضهم من التعاريف تمييز العقود بعضها عن بعض وبعضها قد لا يتميز عن الآخر الا بذكر بعض الشرائط لان بعضها يتميز بذكر شرط وآخر بذكر شرطين وآخر لا يحتاج الى ذكر شيء من الشرائط وليس الغرض بيان البيع الصحيح والضمان كذلك بل الغرض ان هذا العقد من شأنه أن يدل على نقل الملك وذلك على نقل المنفعة والصحة وهكذا (١) والفساد أمر آخر وراء ذلك والامر هين والتأويل ممكن لكن لا يخلو عن تجشم أو يكون من باب بيان الواضحات فليأمل جيدا والضمان جائز وثابت بالكتاب والسنة والاجماع كما في المبسوط والسراير والتذكرة وغيرها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فهنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق ﴾ هذا تقدم الكلام فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي صمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه ﴾ من الالفاظ الدالة عليه صريحا كقولته والتزمته وأنا بهذا المال ظهير أو كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل كما في المبسوط وغيره وكذا لو قال دين فلان علي كما في التذكرة لان علي ضمان لاقتضاء علي الالتزام (قلت) ومثله في ذمتي اما ضمانه علي فكاف باتتفاء الاحتمال مع نصر بجه بالمال وقيل انه لو قال مالك علي أو دينه علي أو ما عليه علي فليس بصريح لجواز ارادته انه قادر على تخليصه أو أن عليه السعي أو المساعدة ونحوه وكذا لو قال مالك عندي فانه ليس بصريح لأنه يجوز انه للغريم تحت يده مال ولا تضر ندرة بعضها كالخيل والقبيل بعد ثبوته في اللغة وقبيل بمعنى كفيل من قبل كالم اذا كفل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أوّدي أو أحضر لم يكن ضمانا ﴾ لانه وعد وليس بالالتزام كما في التذكرة مضافا الى الاصل والمولى الاردبيلي على انه يكفي ما يدل على انه يعطي ويشترط فيه قبول المضمون له كما سينبه المصنف عليه لانه عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ومن رعاية ما يشترط في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول وضابطه ما لا يخرج به القبول عن كونه قبولا لذلك الايجاب عرفا والمولى الاردبيلي على انه لا يشترط القبول بل يكفي ما يفيد العلم برضاه وتام الكلام يأتي في محله بلطف الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضا لا مكان العبث ﴾ كما صرح

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب وهكذا والصحة والفساد الى آخره (مصححه)

وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ولو شرط تأجيل الحال صح (متن)

بذلك كله في التذكرة وبه طفحت عباراتهم في باب البيع ووجه عدم كفاية الكتابة مع القدرة على النطق انه أي النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع ولا فرق بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولا بين الضامن والمضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا ووجه كفايتها مع عدم القدرة مع الاشارة الدالة على الرضا انه حينئذ أخرس أو كالأخرس ولا ريب في صحة عقوده والتوكيل لا بد أن يكون بذلك أيضا أو بالاشارة وحدها اذا أفهمت والظاهر الاكتفاء بالاشارة اذا عجز عن النطق وان قدر على الكتابة ولو عجز عن النطق لا كراه فهل تكفي كتابته مع الاشارة الدالة أم لا لم أجد للاصحاب نصا في ذلك في باب البيع والنكاح وغيره وقضية الاصل عدم صحته قوله **﴿﴾** وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد **﴿﴾** أما اشتراط التنجيز فلانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق وفي (تمهيد القواعد) الاجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط وقد يلوح ذلك من التذكرة وكشف اللثام وقد علل في قواعد الشهيد وتمهيد القواعد بأن الانتقال مشروط بالرضا ولا رضا الا مع الجزم ولا جزم مع التعليق ولو كان وصفا وقد استوفينا الكلام فيه في باب البيع وكذلك لا يقبل التأقيت كما قبله الاجارة فيصح أن يؤثره داره بعد سنة ولا يصح أن يضمن بعد سنة ولا أن يقول أنا ضامن الى شهر فاذا مضى ولم أغرم فأنا بريء وأما شرط الخيار في الضمان كان يشترط الضامن الخيار لنفسه فانه يكون باطلا كما في التذكرة وظاهر بيع المبسوط ووجهه أنه ينافي مقتضى الضمان لان الضامن على يقين من الغرامة والغرر فتدبر (وقال) في بيع التذكرة والضمان يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم ونحوه ما في بيع التحرير وضمان جامع المقاصد واستظهر المقدس الاردبيلي من التذكرة الاجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة قال وعموم أدلة العقود والوفاء بها وبالشروط دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه (قلت) والامر كما ذكرنا ذكر من العموم والاصل وانتفاء المانع الا ما يتخيل من ان الضمان يتضمن ابراء ذمة المضمون عنه والبراء لا يدخله خيار الشرط وجوابه أن الضمان حكم من أحكام نقل المال ولا يتضمن ابراء فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة والا فلا فليتأمل فيه **﴿﴾** قوله **﴿﴾** والابراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه **﴿﴾** قد يلوح من التذكرة الاجماع عليه وانه يبطله والمهم تأصيل الاصل فيمكن أن يقال ان العقود والايقاعات أفاظ متلقة والاصل عدم قبولها التعليق الا ما خرج بالدليل كالظهار ان قلنا به والوصية والعتق على احتمال ويمكن أن يقال الاصل فيها قبول الشرط والتعليق الا ما خرج بالدليل كالبيع والصلح والاجارة والرهن فليتأمل ولعله ترك ذكر الخيار هنا لمكان ظهور عدم قبول الابراء له **﴿﴾** قوله **﴿﴾** ولو شرط تأجيل الحال صح **﴿﴾** اجماعا كما في الشرائع والتفقيح وايضاح النافع والمسالك وكذا جامع المقاصد والمفاتيح وفي (الكفاية) لا أعرف فيه خلافا ويدل عليه بعد ذلك الاصل والعمومات السالمة عن المعارض الا ما قد يتوهم من أنه تعليق للضمان على الاجل وليس كذلك بل هو تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم (وعسالك تقول) ان الضمان نقل المال على ما هو به وهذا ليس كذلك ولا أقل من أن يختلفوا فيه كما اختلفوا في عكسه (لانا نقول) لانسلم هذه الكلية لانا نجوز ضمان المؤجل حالا كما سنسمع سلطنا ولكن اشتراط تأجيل الحال شرط

## والاقرب جواز العكس (متن)

يستقل به صاحب الدين في العقد اللازم بخلاف اشتراط حلول المؤجل فان الاجل هنا مشترك بين المضمون له والمضمون عنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز العكس ﴾ كأن يضمن المؤجل حالا وهو ظاهر المبسوط على تأمل فيه وقد نسب الى صريحه في السرائر وغيرها قال في (المبسوط) اذا أطلق الضمان فله المطالبة أي وقت شاء وهو المحكي عن المذهب وصرح السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والمختلف في أول كلامه واللمعة والتنقيح والمقتصر وايضاح النافع والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح والرياض وظاهر التذكرة في موضعين منها الاجماع عليه حيث قال عندنا واستشكل في التحرير في أول كلامه وكذا الكفاية للأصل والعمومات السالبة عن المعارض عدا ما استسمعه من أدلة المخالف وسيتضح فسادها وان الاداء معجلا جائز فكذا الضمان لانه كالاداء وقد نسب اختلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط وانه قال لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولم أجد ذلك فيه وقد سمعت مانسب اليه في السرائر وغيرها ونسب الخلاف جماعة الى المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية ولم أجد ذلك في المقنعة وليس في النهاية الا قوله ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل والى ذلك أشار في السرائر بقوله وقد يوجد في بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل قال والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الا بأجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل وكذا اذا أطلق العقد والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم يجده انتهى وكلامه يعطي انه فهم من عبارة المبسوط المتقدمة انه لو كان مؤجلا وضمنه مطلقا حل وجاز له المطالبة أي وقت شاء فليلاحظ ذلك كما انه يعطي وجود الخلاف وكأنه تعريض بما يظهر من الوسيلة والغنية ففي (الوسيلة) انما يصح الضمان بتعيين أجل المال وعد في الغنية من شروط صحته أن يكون الى أجل معلوم وعد شرطين آخرين وادعى الاجماع وكلاهما ليس بنص في الخلاف وتأويل السرائر جار فيه ويشهد له ما يظهر من موضعين من التذكرة من دعوى الاجماع كما سمعت لكن المحقق صرح في النافع بوجود الخلاف وقد حكى أي الخلاف في (المسالك) عن الشيخ واتباعه وحكاه بعضهم عن القاضي في الكامل ولعل كلامه كغيره نعم الخلاف صريح فخر الاسلام في الايضاح وشرح الارشاد والمحقق الثاني في جامع المقاصد واستندا الى أن الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الايمان به قلت ويحصل به الربوا وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان مالم يجب واستحسنه في المختلف وردده الشهيد الثاني ومن تأخر عنه بأن المضمون انما هو المال لان مدلول ما في قولهم ضمان مالم يجب هو المال وأما الاجل فلا يتعلق به الضمان وان كان من توابع الحق وأوصافه الا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق للمديون فاذا رضي الضامن باسقاطه أو تعجيل الابقاء فقد ضمن ما يجب وهو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب في الجملة غايته انه موسع سيما مع رضی المضمون عنه (قلت) مرادهما انه ضمان مال لم يجب أدائه لان الضمان عندهما نقل المال على ما هو به وقد قصدا بقولهما أن الحلول زيادة في الحق التوضيح فهذا القول لولا ماسيأتي قوي

جداو يعضده اجماع الغنية و يعضد هذا الاجماع أن لا يخالف قبل مدعيه وعبارة المبسوط التي ذكرناها في القول الاول ليست بتلك المكانية من الظهور فيه ولعل عبارة المهذب مثلها وقد يحتاج عليه بأن الضمان ارفاق وتسهيل على المضمون عنه وضمان المؤجل حالا يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان و بأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولعل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على المخالفة أو التأمل لانه يجب عن الاول أولا بعدم جريانه في الضمان تبرعا وثانيا بأنه ان ضمن بسؤاله وتصريحه بالرجوع عليه حالا فهو الذي أدخل الضرر على نفسه والا فليس له المطالبة بما أداء بل يشترط حلوله على المضمون عنه وثالثا بأننا نمنع انحصار فائدة الضمان في الارفاق اذ لا دليل على ذلك من نص ولا اجماع ويحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بجنس الاقتضاء و بذلك يظهر ضعف الثاني مع ان الضمان كالتقضاء على اعترافهم فكما انه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا فكذا يجوز الضمان معجلا هذا أقصى ما يوجه به هذا القول ولك أن تقول ان عبارتي الوسيلة والغنية يجري فيهما تأويل السرائر ولعله ناظرا اليهما أيضا وقوله حق انيقين يجري مجرى الاجماع وزيادة فيكون مدعي الاجماع مضافا الى الاجماعين الظاهرين من التذكرة فينحصر الخلاف في الشارحين وما في النافع من وجود الخلاف فكأنه مبني على الظاهر ولم يحكه في الشرائع ولم يلتفت الى حكايته من غيره من الفحول فانهم غالبا لا يرجعون الى الاصول بل يعولون على الفاضلين وكيف كان فقد عرفت ما قضى به التبع ثم ان كلام بعض المانعين يقتضي بشيء وتعليهم يقتضي باخر خلافه مع انهم لم يتفقوا على كلمة واحدة نصا وتعليلها فيما اتفقوا عليه نصا واختلفوا فيه تعليلها ما اذا كان الدين مؤجلا والضمان حالا فقد نصوا واتفقوا على منعه واختلفوا في تعليله فالشارحان عللا بما سمعت والشيخ وأتباعه عللوا بما عرفت فتعليل الشارحين يقتضي بجواز الضمان حالا اذا كان الدين حالا لوجوب الحق فكان ضمان ما يجب وتعليل الشيخ يقتضي بمنعه لعدم الارتفاق وأما الضمان تبرعا فعند الشارحين انه كغيره وستعرف حقيقة الحال فيه وعند الشيخ الممثل بالارفاق جائز مطلقا لا تنفاه المانع من التسلط على المضمون عنه وأما ما اختلف فيه النص والتعليل فهو كلام الشيخ وأتباعه اذ قضيته نص النهاية والوسيلة والغنية وقد سمعت عباراتها انه متى كان الضمان مؤجلا جاز سواء كان الدين حالا أو مؤجلا والاجل مساو لاجل الضمان أو أزيد منه أو أنقص وهو الذي يعطيه اطلاق اجماع الشرائع قال والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي (شرح الارشاد) لفخر الاسلام أن ضمان المؤجل يمثل أجله يصح اجماعا وفي (التنقيح وايضاح النافع) أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح اجماعا وقضية تعليلهم بان الضمان ارفاق فلا خلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان انه لا يجوز الضمان في الاجل المساوي والقاصر وعند الشارحين يجوز في المساوي ولا يجوز في القاصر فكان محل النزاع في كلامهم غير محرر وجاء المتأخرون فنظر بعضهم كصاحب التنقيح والمسالك الى التعليل فقال الاول ان كان الاجل أنقص ففيه الخلاف وقال الثاني الحق ان الخلاف واقع فيما عدى الضمان المؤجل للحال أو الزائد أجله عن أجل الاصل وقضيته ان المساوي أيضا محل خلاف ويقتضي أيضا بان ضمان الحال حالا محل خلاف وبكونه محل خلاف صرح المقداد أيضا وهذا يوافق التعليل والنص وقضية كلام المسالك أن التبرع محل خلاف لكن ظاهر ايضاح النافع أو صريحه الاجماع على أن ضمان المؤجل حالا والمؤجل بدون أجله صحيح حيث قال صح قطعاً وقد حرر في محله أن هذه الكلمة

فيحل مع السؤال على اشكال ( متن )

في كلام الفقيه تجرّي مجرى الاجماع لكن كلام الشارحين يقضي بعدم الصحة في الضمان تبرعا في هاتين الصورتين كما أشرنا اليه آنفا ولعله لم يفهم ذلك من فخر الاسلام والمحقق الثاني معاصر له ( ونظر ) بعضهم كالمحقق وفخر الاسلام الى نص عباراتهم فادعيا ماسمعته من الاجماعين ولو هذا لان الاجماعان لقنا بأن التعليل يحكم على النص ويخصه بما عدى المساوي والقاصر فقد تحصل انه يجوز الضمان حالا ومؤجلا عن حال ومؤجل تساوى المؤجلان في الاجل أم تفاوتنا بان كان الاجل الثاني أزيد أو أنقص فهذه صور ست وعليها اما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه فالصور اثنتا عشرة وكلها جائزة على الاشبه باصول المذهب وعمومات الادلة مضافا الى ماسمعته من الاجماع وما قضى به تتبع العبارات ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيحل مع السؤال على اشكال ﴾ هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا وانما يكون ذلك مع السؤال لامع التبرع وتحرير المسئلة انا اذا قلنا بجواز ضمان المؤجل حالا أو باجل دون الاجل الاول فلو أذن المضمون عنه للضامن كذلك أو مطلقا فهل يحل عليه فيما اذا ضمن حالا وينقص الاجل فيما اذا كان دون الاجل الاول على تقدير الضمان كذلك أم يبقى عليه الاجل في الصورتين كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حله وان أدى قبله الاصحاب فيه على انحاء ( أحدها ) عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا سواء صرح بالاذن حالا أو أطلق وهو خيرة المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير وجمع البرهان وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة فانه قطع فيها بعدم الحلول مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقر عدم الحلول ( أما الاول ) فلان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول مافي ذمة الضامن ولا يدل على حلول مافي ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات ولاصالة بقاء الاجل ولانه لا يحل الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم وهو متف وهذا ان لم يصرح مع ذلك بالرجوع عليه حالا فلو صرح بذلك رجع كذلك ومنه يعلم حال ما حقه في جامع المقاصد من انه اذا كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجبا لثبوت الرجوع كذلك قوي حلول المؤجل بما ذكر لانا قد لا ندعي الفرق لان الاذن في القضاء كالتصريح بالرجوع فليتامل ( وأما الثاني ) فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي حلول الحق على المضمون عنه للاصل ولانه لا يحل عليه الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم الى آخر ما تقدم ( الثاني ) انه يرجع عليه كما أدى في الحالتين أما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاء استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن وأما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل فيكون ماذونا ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وهو ظاهر التفتيح بل صريحه ولم أجد أحدا من الخاصة والعامة قال به غيره لان الناس في صورة الاطلاق بين قاطع بعدم الرجوع ومستشكل فيه كما عرفت وستعرف ( الثالث ) التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لامع الاطلاق ( أما الأول ) فلما تقدم في الوجه الثاني ( وأما الثاني ) فلما تقدم في الوجه الأول وهو ظاهر المفاتيح ( الرابع ) انه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه كذلك واما مع الاطلاق فمحل اشكال وهو خيرة الايضاح لانه قطع بان اشكال الكتاب انما هو مع الاطلاق لامع التصريح قال لانه لا يقتضي الحلول على المضمون ( الخامس ) ضده وهو ما في جامع المقاصد



الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف والملائة حين الضمان أو علم المستحق  
بالاعسار (متن)

من انه مع الاطلاق قد يقال انه لا اشكال في عدم الحلول وان الاشكال انما هو مع التصريح قلت  
على هذا شواهد من كلامهم وفي (المسالك) ان الحق ان الاشكال واقع على التقديرين **﴿ قوله ﴾**  
**﴿ الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد ﴾** فلا يصح ضمان الصبي والمجنون اجماعا كما في ظاهر الغنية  
أو صريحها وصريح المسالك لمكان الحجر عليهما ورفع القلم عنهما ولا فرق في الصبي بين أن يكون  
مميزا أم لا اذن له الولي أم لا لان كانت عباراته مسلوبة الاعتبار فلا يؤثر فيها اذن الولي ويصح  
الضمان عنهما بلا خلاف الا ما حكاه في المختلف عن الطبرسي من أن من لا يعقل كالصبي والمجنون  
والمنفى عليه لا يصح ضمانهم ولا الضمان عنهم والاصل والعمومات ونحو ما دل على صحته عن الميت  
حجة عليه ويدخل تحت اشتراط الرشد عدم صحة ضمان المحجور عليه لسفه اذا لم يأذن له الولي وكذا  
المنفى عليه والسكران والنائم والمبرسم الذي يهذي ويخلط في كلامه ويبقى الكلام في الساهي والغافل  
والهازي وقد تخرج هذه من اشتراط جواز التصرف فليتأمل والاولى ان يأتي لها بعنوان آخر وهو  
القصد او ان لا يكون مسلوب العبارة ولعله يدخل فيه الاخرس الذي لا تفهم اشارته ولا يكتب وعد  
في (التحرير) من شروط الصحة الاختيار ثم قال فلو ضمن مكرها لم يصح اجماعا ولم اجد احدا عد  
العدالة **﴿ قوله ﴾** **﴿ وجواز التصرف ﴾** هذا ايضا من شروط الصحة وهذا يعني عما قبله لدخوله  
تحتة فلا يصح من السفه بلا خلاف ويأتي في كلام المصنف التعرض لحال ضمان المملوك والمفلس  
والمريض والاخرس **﴿ قوله ﴾** **﴿ والملائة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار ﴾** كما في النهاية  
والوسيلة والغنية والسراير والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمعة وجامع المقاصد والمسالك  
والروضة وجمع البرهان والمفاتيح والرياض ( وفيه ) انه لم يجد خلافا فيه وفي ظاهر الغنية الاجماع على  
ذلك ونسبه في السراير الى اصحابنا وقال في (الكفاية) قالوا وفي جامع المقاصد ان ظاهرهم  
ان هذا الحكم موضع وفاق واران بالحكم أن للمضمون له الفسخ اذا لم يعلم باعسار الضامن وهذا  
الاجماع يتناول ما نحن فيه باللازم (قلت) وفي موثقة الحسن ابن الجهم ما قد يظهر منه الدلالة على ذلك  
فان فيها (قلت) ما تقول في الصبي لا .ه ان يحلل قال نعم اذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه (قلت) فان لم يكن  
لها قال فلا والشهرة تجبر السند والدلالة والاجماع يعضده على ان الميرثق في نفسه حجة مضافا الى  
الاصل وان عقد الضمان مبني على الارتفاق وان المتبادر ان المقصود من الضمان استيفاء الحق من  
الضامن وبه يشعر ظاهرا اشتراط رضا المضمون له في بعض النصوص وانما يكون ذلك اذا امكن  
الاداء بيساره فلا ينصرف اطلاق النصوص الى غير الممي وغير العالم باعساره مع ما في عدم اعتباره من  
لزوم الضرر وبه يجاب عن عموم الامر بالوفاء بالعقود لو تمسك به نعم هذا العموم سالم عن المعارض  
اذا علم باعساره لاندفاع الضرر بالاقدام عليه وفي خبر عيسى ابن عبد الله دلالة على ذلك قال احتضر  
عبد الله ابن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي فاعطيكم ولكن  
ارضوا بمن شئتم من ابني عمي علي ابن الحسين عليه السلام أو عبد الله ابن جعفر فقال الغرماء عبد الله  
ابن جعفر ملي مطول وعلي ابن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق وهو احبهما اليانفارسل اليه

ولا يشترط استمرار الملائة أما لو لم يعلم كان له الفسخ (متن)

فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غله ولم تكن له غلة تجملا فقال القوم قدر ضينا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح له المال فاداه وقد يقال ان مجرد الملائة مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لا تفيد فائدة في ترتب الاثر عليها فلو جعل الشرط هنا رضی المضمون له بالضامن وقبوله له مليا كان أو غير ملي لكان اظهر قد بر فينقدح من ذلك ان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور كما يأتي بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط والمراد بالملائة هنا ان يكون مالكا لما يؤدي به الدين فاضلا عن المستثنيات وهذا الشرط شرط في اللزوم لا في الصحة كما ستعرف ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله حين الضمان اما قيد في الجميع أو في الاخيرين أعني جواز التصرف والملائة أو في الاخير كما في التحرير والكل متجه وخصه في (جامع المقاصد) بالاخير قال لا يخفى ان الشروط السابقة انما تشترط حين الضمان وانما خص هذه يعني الملائة بالتقييد لينبه على ان طرو الاعسار لا يثبت الفسخ وانما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره لان الضمان في معنى اداء الدين والمقصود الاصلي منه الارتفاق بنقل الدين الى ذمة الضامن وانما يكون كذلك اذا كان الاداء منه ايسر فلا جرم اذا فات هذا المقصود الذي انما بني الضمان عليه تخير المضمون له لفوات المقصود منه كما يتغير المشتري اذا ظهر في البيع عيب أو غبن حيث كان المقصود هو الصحة والاخذ بالقيمة أو اداون اذ البيع مبني على المماكسة وهذا بخلاف ما اذا باع مؤجلا فظهر الاعسار اذ ليس مقصود البيع الاصلي بالنسبة الى اداء الثمن كما في الضمان انتهى وهو جيد جدا وتشهد له عبارة التحرير حيث ذكر اشتراط الملائة وحده وقيدته بوقت الضمان غير ان توهم ثبوت الفسخ بطرو الاعسار يدفعه التصريح به بعده بلا فاصلة حيث قال ولا يشترط استمرار الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ ثم انه بناء على ما قال كان الواجب ان يقول فلا يشترط استمرار الملائة بالفاء دون الواو ثم ان هذا التنبيه جار في جواز التصرف فلعله اراد ان ينبه ان طرو الاعسار وطرو الفسح لا يثبتان الفسخ اذ التعليل الذي ذكره جار فيهما فتأمل وقد يكون القيد تصريحا بالمراد والواقع وتوضيحا لمكان جريانه في الجميع وهي فيه على وتيرة واحدة أو ردا على الشافعي حيث قال بصحة ضمان السكران أو على احمد حيث قال بجواز ضمان الصبي المميز وهو كاف في ذلك على انه قد خلت عن هذا القيد عبارات الاصحاب جميعها ما عدا عبارة التحرير والروضة فلو كان يجدي نفعا غير التوضيح والتصريح أو الرد على الشافعي وأحمد لذكره المحققون المدققون كالمحقق والشيد وغيرهما والفرض بيان الحال في هذا القيد والا فالامر سهل قوله ﴿ ولا يشترط استمرار الملائة ﴾ فلو تجدد اعساره لم يكن له فسخ الضمان طفحت به عباراتهم منطوقا ومفهوما لتحقق الشرط حين الضمان والاصل بقاء الصحة فلا يقدر تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدر تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذلك لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان قوله ﴿ اما لو لم يعلم كان له الفسخ ﴾ كما في النهاية والوسيلة والسرائر وما تأخر عنها ولذا قال في (جامع المقاصد) ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق ونسبه في السرائر الى اصحابنا مؤذنا بدعوى الاجماع أيضا وقضية ذكره في النهاية ان يكون به خبرا واخبار معتددة والا فما كان ابن ادريس ليحكم بذلك مع ان قضية الاصل ان يكون فاسدا لفقده الشرط

ويصح ضمان الزوجة وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد اشكال من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح وانتفاء الضرر على مولاه (متن)

وليس من قبيل ما اذا باع مؤجلا فبان الأعسار كما حكينا آنفا عن جامع المقاصد فالخطة فلم ار من حرره قبله وهل هو على الفور او التراخي وجهان اجودهما الثاني كما عليه الشهيد الثاني وشيخنا صاحب الرياض وفي (التحرير) في الفورية اشكال واحتمل في (مجمع البرهان) الفورية خصوصا مع العلم بالمسئلة قوله **﴿﴾** ويصح ضمان الزوجه **﴿﴾** ولا يحتاج الى اذن الزوج كما في سائر تصرفاتها وبه قال اكثر اهل العلم من العامة والخاصة وقال مالك لا بد من اذن الزوج كما في التذكرة وقال في (المبسوط) يصح ضمان المرأة كما يصح ضمان الرجل بلا خلاف فاطلق ولم يفصل ولعل مستند مالك في ذلك ما قيل من انه قد يفضي الى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس (واجب) بان هذا ليس من لوازمه وان كان قد يترتب عليه بطل ونحوه ولو كان هذا مانعا لمنعت من جميع المعاوضات لتطرق المحذور اليها واما ضمان الخالية من بعل فلا نعلم فيه خلافا كما في التذكرة قوله **﴿﴾** وفي صحة ضمان المملوك بدون اذن السيد اشكال من انه اثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح هذا هو الوجه الاول من الاشكال ومعناه ان العبد ممنوع من النكاح لانه يتضمن اثبات مال في ذمته وهذه العلة قائمة في الضمان وهذا احد وجهي الشافعية (وفيه) مع كونه قياسا باطلا منع كون المانع من النكاح هو اثبات المال في الذمة بل المانع قبح التصرف في مال الغير بغير اذنه مع انه ينقض (بمفهومه) بمفوضة البضع فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء المال وبما اذا بذله اجنبي فالمانع هو ما اشترنا اليه من كونه لا يقدر على شيء وتخصيصه بالمال كما في (المختار) لا دليل عليه مضافا الى استشهادهم صلوات الله عليهم بالآية في منعه في نحو الطلاق الذي ليس بمال في كثير من النصوص وان ذمته بما وكه للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها بدون اذنه وما ثبت قهرا من عوض اتلاف وجناية أو غصب لا يقدح لان ذلك مبني على القهر بالنسبة الى كل جان لوقوعه بغير اذن مستحقة وليس ذلك بالالتزام ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون مع عدم صحة ضمانهما اجماعا فالاصح عدم الصحة كما في المبسوط والشرائع والارشاد والتحرير والمعدة وجامع المقاصد والروضة والمسالك وغيرها قوله **﴿﴾** وانتفاء الضرر على مولاه **﴿﴾** هذا هو الوجه الثاني من الاشكال وهو وجه الصحة وهي خيرة التذكرة والمختلف وبيانه ان المانع هو تضرر المولى بتعطله عن خدمته وهو متف لان استحقاق المطالبة بما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير اذن سيده مضافا الى الاصل وعمومات الضمان وعموم أوفوا بالعقود وقد عرفت ان المانع ليس هو التضرر وانما هو عدم قدرته على شيء والاصل لا اصل له بعد قطع النظر عن العموم بل مقتضاه الفساد ولا لعمومات الضمان بهد فقد اللفظ الدال عليها في اللغة والعرف وما روي أن الزعيم غارم فعامي على أنه يخرج بالخير والاطلاق ينصرف الى الغالب المتبادر وليس منه ما نحن فيه وعموم أوفوا بالعقود لا يتناول ما نهى عنها لعدم استكمال أركانها حتى يتحقق وجود العقد أو مخصوص بها أو تقول انه مخصوص بالحاضرين وجريانه فيمن عداهم بالاجماع المقفود في محل الفرض لمكان النزاع بل ذهاب الاكثر الى عدم الصحة بل قد تقول أن ذهاب المشهور الى

فان جوزناه تبع به بعد العتق قطعاً ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق أما لو شرطه في الضمان (متن)

عدم الصحة قرينة على أنه لا يسمى عقداً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم قوله ﴿ فان جوزناه تبع به بعد العتق قطعاً ﴾ كما في جامع المقاصد لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه قوله ﴿ ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق ﴾ اذا ضمن باذن سيده صح ضمانه قولاً واحداً كما في التذكرة وبلا خلاف كما في المبسوط واجماعاً قاله في المبسوط كما في المختلف فاذا أذن له وأطلق ولم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر الى أن يعتق فهل يتعلق بكسبه أو ذمته أقوال (أحدها) انه يتعلق بكسبه وهذا لم أجد به قائلنا وإنما حكى في المبسوط والمسالك وجعله في جامع المقاصد احتمالاً وقال في (التذكرة) انه أحد قولي الشافعية وانه الاظهر عندهم ووجهه أن اطلاق الضمان إنما يحل على الضمان الذي يستعقب الاداء فانه المعهود والاداء من غير مال السيد ممتنع وكذا من ماله غير الكسب والا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه قال في (جامع المقاصد) هذا التوجيه ان تم اقتضى عدم القصر على الكسب بل وجوب الاداء على السيد وهو قريب من قول ابن الجنييد ولا يخولون قرب ونحو ذلك ما في المسالك وقال لعله أقوى وفي (الروضة) انه متجه قلت فهو قول آخر وقال في (المختلف) هذا البحث يبنى على البحث في استدانة العبد باذن مولاه فان قلنا انه لازم للمولى فكذا هنا وان قلنا انه لازم لذمة العبد فكذا هنا وكان أباً علي نظر الى ذلك فان الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة ثم رجح انه يتعلق بذمة العبد لانه ذهب اليه هناك (وانت خبير) بان محل النزاع هناك إنما هو فيما أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه أي العبد ثم اعتمه والمشهور المعروف هناك الزام المولى والمخالف جماعة قليلون منهم المصنف في المختلف ظاهراً وقلنا هناك ان لزومه للعبد مخالف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو كالوكيل على اختلاف الرأيين فاستدانتها وضمانه باذنه للمولى (له وعليه خ ل) وعلى المولى (الثاني) انه يتعلق بذمته فيتبع به بعد العتق وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف واللمعة لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص ولم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن في الكلي ليس اذناً في الجزئي المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه هكذا ذكروا في توجيهه وهو لا يدل الا على عدم تعلقه بمال المولى الا أن تقول انه يدل على تعلقه بذمة العبد باللازم لان المفروض أن الضمان صحيح وقد يوجه أيضاً بانه بالاذن زال عنه الحجر بالنسبة الى الضمان فيصير كسائر الضمان لقيام السبب به وان كان رفع المانع من المولى ولم يرجح في المبسوط والايضاح (الثالث) ما حكاه في المختلف عن أبي علي من أنه اذا أذن له السيد في الضمان أدى المال فان كان معدماً بيع العبد وأدى ثمنه في كفالته عن المعسر وان أعتق وأعسر الضمون عنه كان على السيد ما يجب بحق الكفالة ولعله يعود الى ما استوجهه الشهيد الثاني وقد سمعت ما في جامع المقاصد من أنه غيره وقريب منه الا أن تقول أن الفارق نصح على بيع العبد مطلقاً مع أنه لا يباع في الدين (الرابع) ما في التحرير من أنه يتعلق برقبته كما في نسختين منه ولعله أراد ذمته وهو على ظاهره قول بعض الشافعية وانه يباع في الضمان حكاه في التذكرة قوله ﴿ أما لو شرطه في الضمان

باذن السيد صح كما لو شرط الاداء من ماله بعينه والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحجر (متن)

باذن السيد صح كما لو شرط الاداء من مال بعينه ﴿ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير ومعناه انه لو قال السيد لعبده اضمنه واقضه مما تكتسبه صح الضمان وتعلق المال بكسبه ووجهه ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه فان وفي كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه والاضاع عليه ما قصر ويحتمل ان يكون المراد انه شرط الضمان في كسبه او ذمته كما صرح به في المبسوط وبالأول صرح في التحرير والمسالك واقتصر فيهما عليه وفي (اللمعة) الا ان يشترط كونه من مال المولى فيلزم وحينئذ فيدخل فيه ما اذا شرط كونه من كسبه لانه من جملة مال المولى وكيف كان يرد على الاول انه لو اعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب ففي المسالك ان الظاهر من كلامهم انه يبقى التعلق ولا يبطل الضمان لفوات المحل المعين لاداء المال وعليه يشكل صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لاحق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه لان مال العبد بعد العتق ليس من جملة أموال السيد بل ولا يسمى كسبا فلا يكون كما لو شرط الاداء من مال بعينه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء بل هو بالاذن يصير كالكامل واشتراطه في الكسب بمنزلة التعيين من الموكل في مال مخصوص وقد فات فلا يتبع به وان أطلق عليه الكسب بالمعنى الاعم وعساك تقول ان عقد الضمان على كسبه باذن المولى كعقد الاجارة على منفعة كذلك فلو باعه حينئذ أو أعتقه بقيت منافعه مملوكة للمستأجر (قلت) الضمان كالأستدانة وقد أطبقوا كما مر انه لو استدان لمصالح نفسه باذنه ثم باعه لزم الدين المولى وكذا لو أعتقه على المشهور المعروف بينهم والمخالف نادر فكان فرق واضح بين الضمان والاجارة وان دق فالأولى رد ما في المسالك مما استظهره من كلامهم من بقاء التعلق وهذا كلامهم بين أيدينا والسير بيننا وبينه وإنما نسب ذلك الى القيل الذي لا يعلم قائله بل قولهم كما لو شرط الاداء من مال بعينه يقضي بخلاف ما قال كما استسمع وعلى الثاني ان ذمة العبد مملوكة للسيد فكيف ثبت فيه مال باختيار العبد والسيد ولا يكون المال على السيد مع كون العبد لا يقدر على شيء ولا ينتقض بعوض الاتلاف لانه مال قهري فليس هو أيضا كما لو شرط الاداء من مال بعينه الا أن يقول انه بالاذن صار كسائر الضمان كما أشرنا اليه آنفا ويتفرع على الاول لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمل اللزوم لان اذنه له في الضمان في كسبه كاذنه له في الضمان في مال معين فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال أعني الضامن على الخلاف الآتي في المطالب الثاني والاقوى ذلك أعني العود على الضامن وانه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني وان قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل ضعيفا عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثمة لان الكسب ليس كمحض مال السيد بل حق له ولهذا قيل انه لو أعتق بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضا وقد عرفت الحال في ذلك ﴿ قوله ﴾ والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحجر الذي جزم به في التذكرة والتحرير انه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه لانه ممنوع من التصرفات المالية بل نفى بعضهم الخلاف فيه وقضية قوله هنا انه بعد الحجر كالمملوك انه يمكن القول بالصحة ويتبع به بعد ذلك الحجر وهو قول لبعض العامة وانه يمكن القول بالبطلان والصحيح انه لاوجه للصحة لان الضمان اما اقراض له فيه الرجوع أو يتبرع وكلاهما يمنع منهما كما يمنع من

وكذا المفلس كالحر لكنه لا يشارك ولا يصح من الصبي وان أذن له المولى فان اختلفا  
قدم قول الضامن لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس لمدعي الاهلية أصل يستند اليه  
ولا ظاهر يرجع اليه (متن)

القرض والهبة والبيع وسائر التصرفات المالية نعم لو أذن له الولي في الضمان فهو كما لو أذن له في البيع  
وقضية كلامهم في المقام أن الحجر لا يثبت عليه إلا بحكم الحاكم وقد تقدم أنه المشهور وأنه لم يعرف  
الخلاف فيه إلا من الشهيد في اللمعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا المفلس كالحر لكنه لا يشارك ﴾ أي  
لا يشارك المضمون له الغرماء فاسم لکن وضمير يشارك بالبناء للفاعل راجعان الى المضمون له الذي  
دل عليه المقام فكأنه قال المفلس كالحر يصح ضمانه اذا رضي المضمون له لكنه لا يشارك الغرماء كما  
يأتي له في قوله فان اختلفا نعم قوله كذا مستدرک لا يكاد يتجه له وجه والحكم مما لا ريب فيه اذ الحجر  
عليه إنما هو في ماله لا في ذمته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح من الصبي وان أذن له الولي ﴾ قد تقدم  
الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختلفا قدم قول الضامن لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس  
لمدعي الاهلية أصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه ﴾ أي فان اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان  
من الضامن حال الصبي أو حال الكمال قدم قول الضامن في أنه كان صبيا وقت الضمان لان الاصل  
براءة الذمة وكذا الاصل عدم البلوغ وليس لمدعي اهلية الضمان حين وقوعه وهو المضمون له أصل  
يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه يكون معارضا للاصاين كما نبه على ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد  
ونحوه ما في المبسوط والتحرير وحكى الشهيد عن القطب انه قال للمصنف ان معه أصل صحة العقد  
فقال يعارضه اصالة الصبي فيبقى اصالة البراءة سليما عن المعارض فكأنه لا أصل انتهى فليتأمل فيه وقال  
في (جامع المقاصد) فان قيل المضمون اصالة الصحة في العقود وظهر حال البالغ أنه لا يتصرف باطلا فلما  
الأصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد اما قبله فلا وجود للعقد فلو اختلفا  
في كون العقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد وكذا الظاهر إنما يثبت  
مع الاستكمال المذكور لا مطلقا انتهى وهو جيد جدا وفيه دقة لکن ينبغي فيما اذا اختلفا في كون  
المعقود عليه الحر أن يقيد فيما اذا كان باعه بظنه انه العبد أو نحو ذلك والافعلي اطلاقه لا يتجه والحاصل  
انه يقدم مدعي الفساد في أركان العقد حيث يكون أصل يستند اليه أو ظاهر يعول عليه وقد صرح  
بذلك في باب الاجارة وغيرها لكنه في باب البيع فيما لو قال بعثك وأنا صبي قال ان احتمال تقديم  
قول البائع يعني مدعي الصبا في غاية الضعف لان اصالة البقاء مندفعة بالاقرار بالبيع المحمول على  
البيع الصحيح شرعا فان صحته تقتضي عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضا كما لا يثبت احتمال الفساد  
معارضا لاصالة الصحة في مطلق الاقرار بوقوع عقد البيع ثم قال ( فان قلت ) أصلا قد تعارضا  
للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقا ( قلت ) قد انقطع بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح  
الى آخر ما قال وقد أطنب في ترجيح ذلك وأطال ومثل ذلك قال في باب الرهن فيما اذا قال  
الراهن أذنت لي في البيع فبعت قبل رجوعك عن الاذن وقال المرتهن إنما بعت بعد الرجوع  
وقد بينا الحال في ذلك هناك وتفضاه عليه في المقامين ( هذا ) ولو انعكس الامر كأن قال المضمون  
له ضمنت وأنت صبي وادعى الضامن البلوغ قدم قول مدعي الصحة وهذا كله اذا لم يحصل العلم

بخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون اما غيره فلا والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثلث (الثالث) المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان (متن)

بصدق أحدهما كما اذا عينا للضمان وقتنا يعلم الحال فيه ولو حصل الاختلاف في وقوع العقد يوم الجمعة وكان فيه كاملا وفي يوم الخميس قبله وكان باقيا فيها فيه صبيا فالعقد حادث والاصل تأخره عن يوم الخميس فيقضى بوقوعه يوم الجمعة ودخول يوم الجمعة حادث والاصل تأخره عن العقد فيقضى بوقوعه يوم الخميس قساقطا واصل البراءة يعضد الاصل الثاني وأصل صحة العقد وظاهر حال المسلم البالغ يعضدان الاول لكنه يجري فيها ما تقدم فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا ﴾ لان الاصل في العقد الصحة مع اعتضاده بالظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون أما غيره فلا ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو ادعى من يعتوره الجنون انه ضمن حال جنونه وادعى المضمون له أن ضمانه في حال افاقته فان القول قول الضامن لما تقدم أما لو لم يعلم منه جنون سابق فادعى انه حال الضمان كان مجنوناً فانه لا تسمع دعواه وله احلاف المضمون له ان ادعى علمه بالجنون وكذلك لو ادعى انه كان ساهيا أو غافلا أو مكرها الا أن تعلم له هذه الحالات في الغالب أو كثير من حالاته وهذه وان رجعت بالآخرة الى شرائط الاركان لكنها لا يعتد بها ما لم تعرف من حاله في كثير من أحواله فما لم تعرف من حاله يكون حالها حال الشروط الخارجة وفي (المبسوط) أنه اذا لم يعرف له حال جنون وادعى انه كان مجنوناً ان القول قوله لان الاصل براءة الذمة والمصنف في باب الخلع قال ولو ادعت وقوعه حال جنونه وادعى وقوعه حال افاقته وبالعكس فالاقرب تقديم قول مدعي الصحة (وفيه) أن الاصل عدم الوقوع وبقاء النكاح والبراءة من العوض مضافا الى ما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمكاتب كالعبد ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وتحرير المقام ان يقال المكاتب المشروط وأم الولد والمدبر كالتقن في الضمان لا يصح ضمانه الا باذن سيده لأنهم محجور عليهم في تصرفاتهم أو يقال انه يصح ويتبع به بعد العتق على الخلاف الذي سبق ولو ضمن باذن سيده صح لان الحق للمكاتب أو للسيد لا يعدوها وقد اتفقا على الضمان ويكون في ذمته أو في كسبه (وقال) في التذكرة الوجه عندني الصحة ان استعقب ضمانه الرجوع كما لو أذن له المضمون عنه في الضمان وكان الضمان مصلحة لا مفسدة كما لو كان المضمون عنه معسرا فانه لا يصح وأما المكاتب المطاق فليس للسيد منعه من الضمان مطلقا كيف شاء لا تقطاع تصرفات المولى عنه ولو كان بعضه حرا وبعضه رقا ولا مهاييات بينه وبين السيد لم يكن له الضمان الا باذنه وكذا لو كان بينهما مهايية وضمن في أيام السيد ولو ضمن في أيام نفسه فالاقرب الجواز كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمريض يمضي من الثلث ﴾ اذا كان مرض الموت عند قوم ومن الاصل عند آخرين كما تقدم بيانه مسبقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان ﴾ اجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وفي (الرياض) بلا خلاف أجده حتى من القائلين بعدم الصحة مع الإنكار فان قولهم بذلك غير مبني على اعتبار رضاه ابتداء بل على جهايم الإنكار مانعا انتهى وهو كلام غير منفتح ولا محرر كما ستعرف ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر

فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي (متن)

الآيات المعتبرة التي اكتفى فيه في شرائط الصحة والحكم بالزوم بمجرد رضا المشروط له اعني المضمون له كما ستمعها في الكلام على رضاه والنبوي الدال على ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما في ذمة الميت ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مضافا الى الاجماع المحكي في التذكرة وغيرها على صحة الضمان عن الميت ومن المعلوم انه لا يتصور رضاه وما ذكره المصنف بقوله لانه كالاداء اذ المراد أن الضمان كأداء الدين ولما لم يعتبر رضا المديون لم يعتبر في الضمان رضاه أيضا قوله ﴿ فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي ﴾ موافق للسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهو الذي حكاها المصنف عن والده وقد نسب الخلاف الى الشيخين في المنفعة والنهاية والقاضي وابن حمزة قال في (النهاية) ومتى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ذلك وقبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه الا أن ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرع فيكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان انتهى فظاهر المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والتذكرة أنهما فهما من هؤلاء الجماعة أن مجرد الانكار مانع عندهم وبه فسر في المسالك عبارة الشرائع قال أي أنكر المضمون عنه الضمان فانه لا أثر لانكاره فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بانكاره بعده وهو الذي فهمه شيخنا صاحب الرياض فقال ما سمعته آتفا والذي فهمه ابن ادريس وكشف الرموز والمصنف في التحرير والمختلف وأبو العباس والمقداد والقطيفي وغير الاسلام في بعض تحقیقاته والمحقق الثاني أن المراد بالانكار في كلام الجماعة عدم الرضا بالضمان وقد يكون المحقق والمصنف في الكتابين فهما ذلك لمكان التفریع وهو الذي أفصحت به عبارة الوسيلة حيث عبر بالاباء ولم يعبر بالانكار واليه أشار في النهاية بقوله ويأباه وعلى هذا فالمسئلة أعني مسألة عدم اعتبار الرضا خلا فيه كما في كشف الرموز والتنقيح فلا معنى لنفي الخلاف فيها وأما دعوى الاجماع فممكنه مع وجود الخلاف لان المدار على القطع ووجه فهمم الخلاف من كلام الشيخين انهما جملا عدم الرضا مانعا فيكون وجوده شرطا كهدم الطهارة بالنسبة الى الصلوة فالمشكوك فيه يلحق بالعدم كما حرر في محله فيصير حاصل عبارة النهاية فقد برأ المضمون عنه اذا رضي والا لم يبرأ سواء علم عدم رضاه أم لم يعلم وكيف كان فقد رموه على التقديرين بالضعف لعدم مقتضي البطلان والحق أن الشيخين ومن واقفهما قد استندوا الى رواية أشار اليها في السرائر قال في (السرائر) فاما رضى المضمون عنه فليس من شرط صحة انعقاده بل من شرط استقراره ولزومه لان المضمون عنه اذا لم يرض بالضمان لم يصح على ما رواه وأورده بعض أصحابنا والصحيح انه يستقر ويلزم لان الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بلا خلاف بينهم الى آخر ما قال وعلى هذا يكون الخلاف في اللزوم لافي الصحة فيكون كالفضولي وسهل الخطب في دعوى الاجماع ونفي الخلاف في الجملة وهو خلاف الظاهر ولا يكون كلام قدمائنا بتلك المكانة من الضعف ولا معنى لقوله في المسالك انه ضعيف جدا بل يكون قويا جدا لمكان الرواية المرسله المعمول بها عند هؤلاء الاجلاء وانما ردها ابن ادريس على أصله ومخالفة المحقق والمصنف وأتباعهم لهم غير قاذحة لانهم لم يحرروا كلامهم ولم يقفوا على دليلهم ومرادهم الا أن نحمل عبارة الكتاب والشرائع على ما احتملناه فيهما آتفا وذلك كأنه بعيد عن عبارة التذكرة لانه ذكره



ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز من غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه (متن)

في تذييب على حده من دون تفريع وان جرى به على ذلك انحصر عدم الفهم في المسالك والرياض لانهما لا يجري فيهما هذا التأويل وليس هذا منا موافقة لهم وانما هو بيان الحال وان كلامهم ليس بتلك المكانة من الضمف والاختلال ﴿ قوله ﴾ ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ﴿ عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وبه طفحت عبارات أصحابنا كالخلاف والمبسوط والغنية وغيرها بما تأخر عنها وبه قال الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد والمخالف أبو حنيفة وسفيان كما في الخلاف قالوا لا يصح الضمان عن الميت اذا لم يخلف وفاء لان الموت مع عدم المطالبة يسقط الوفاء بالحق وبطلانه ظاهر اذ لا يسقط بذلك مافي الذمة ثم ان الاخبار من طرق الخاصة والعامة تخالف ما قالوا وتستسمها انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز من غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه ﴿ أما عدم اشتراط معرفته بالوصف والنسب فهو خيرة الخلاف والغنية والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمغاييح وفي (التذكرة) لا يشترط معرفة المضمون عنه فلو ضمن الضامن عن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا لكن هؤلاء اختلفوا ففي الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة كالكاتب انه لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه وفي (التذكرة) ان الاقرب انه لا يشترط ذلك وهو خيرة الروضة والمسالك والمغاييح والكفاية وظاهر اطلاق الباقيين وكأنه مال اليه في جامع المقاصد كنه حكى عن التذكرة ما يفهم منه التناقض بين كلاميهما لانه حكى عنها أولا أنه لا يشترط معرفته بما يميزه ثم حكى عنها أنه قال نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد الى الضمان عنه وسكت مع أن الموجود في التذكرة بعد ذلك التعميد بما لو لم يقصد الضمان عن أي من كان وبه يرتفع التنافي وما حكى في المسالك والكفاية عن المختلف من انه اشترط فيه العلم بالمضمون عنه لعله لم يصادف محله وكأنهما انما لحظا أول كلامه وقد قال في آخر كلامه انه لا يشترط علمه بنسبه وحاله فانه يعني الميت الذي صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم بعد ضمان أمير المؤمنين عليه السلام معين بشخصه وحضوره عنده وهو معنى ما في الكتاب والاصل عدم معرفته بنسبه وحاله فتأمل والمخالف الشيخ في المبسوط والمفداد في التنقيح حيث ذهب الى ان من شرطه معرفته أي المضمون عنه وقال في (المبسوط) انه الاظهر ووجهه بانه لينظر هل يستحق ذلك عليه أم لا ومناه هل هو مما يستحق عليه المال أو ليس مما يستحق عليه شيء وهذا قد يكون المراد به معرفته بنسبه وحاله وقد لا يكون مخالفاً فيرجع بالآخرة الى ما في الكتاب وقد استدلل عليه في التنقيح بوجه للشافعي غير صحيح وهو انه احسان ولا بد من معرفة محله والالجاز وضعه في غير اهله فلا يستفيد الا محمداً اللثام (وكيف كان) فحجة المشهور على عدم اشتراط المعرفة بالوصف والنسب عموم قوله جل شأنه أوفوا بالعقود المتأيد بالاصل وبالطلاقات اخبار الباب وما رواه ابو سعيد الخدري في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام الدرهمين عن الميت الذي امتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه وما رواه جابر في ضمان ابي قتاده الدينارين عن الميت كذلك وهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله حيث لم يسئل صلى الله عليه وسلم

(الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه (متن)

أمير المؤمنين ولا ابا قتادة عن الميت ولا صاحب الدين (قلت) وقد يكون ذلك لملهما بهما لكن الاصل ينفيه وبان الضمان وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مديون وبأنه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته (واحتج القائلون) منهم باشتراط امتياز المضمون عنه ليصح معه القصد الى الضمان عنه بان الضمان يتوقف على العقد وهو متعلق بالمضمون عنه والحق فلا بد من تمييزه بوجه نزول عنه الجهالة ويمكن القصد اليه (واورد) عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي ذكره المضمون له عنه وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فلو قال شخص اني استحق في ذمة آخر مائة درهم مثلا قال آخر ضمنها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عن من كان عليه الدين مطلقا ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته (قلت) قد يكونون ارادوا ما في المبسوط من انه هل هو ممن يستحق عليه حتى يتوجه القصد اليه فتأمل وربما قيل أن الاستفادة من اخبار الباب اعتبار معرفة المضمون عنه ولو بوجه ما والحكم بالصحة فيما ذكره كأنه يتوقف على الدليل ويشك في تناول الصوات له فليتأمل ﴿ قوله ﴾ الرابع المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه ﴿ اما عدم اشتراط معرفته والعلم به فهو خيرة الخلاف والغنية والشرايع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (جامع المقاصد) نسبتته الى الاكثر لا مر في الحجة على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه ولان الواجب اداء الحق فلا حاجة الى ما سوى ذلك ودعوى حصول الفرر لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء شدة وسهولة واختلاف الاغراض في ذلك فلا بد من المعرفة لان الضمان مع اهمالها غرر وضرر من دون ضرورة كما ترى لانه هو الذي ادخله على نفسه مع ان الاستناد الى الفرر يوجب اشتراط المعرفة بسهولة القضاء من المضمون له وحسن المعاملة وهو منفي بالاجماع كما في المختلف والمختلف الشيخ في المبسوط والمقداد في التنقيح فقالا باشتراط علم الضامن به وقد نفى عنه البأس في التذكرة لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فانقر الى معرفته للحاجة (قلت) ان اعتبرنا قبوله لفظا كما عليه الاكثر وأن لم يصرحوا به لمكان تصريحهم بانه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه كما هو صريح اللمعة وجامع المقاصد والمسالك (وقد يقال) يمكن القول بعدم اعتبار تمييزه كما هو ظاهر اطلاق الاكثر حيث اعتبروا هنا رضاه ولم يذكروا فيه قبولا مخصوصا ولا امتياز هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه وان قلنا باشتراط قبوله لا مكان أن يضمن الضامن المال الذي في ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق والحال ان المستحق حاضر فيقبل ولا يعلم به الضامن فاعتبار قبوله انما يوجب تمييزه غالبا فتأمل واما اعتبار رضاه فهو خيرة المبسوط والوسيلة والغنية وسائر ما تأخر وقد نسب الى الاكثر في التذكرة والمفاتيح وفي (الرياض) نسبتته الى الاكثر وعامة من تأخر وهو كذلك وفي (المسالك) انه المشهور وفي (التحرير) وكذا الغنية الاجماع عليه وفي (الخلاف) انه أولى محتجا بان أمير المؤمنين عليه السلام وابقاده ضمنا الدين عن الميت ولم يسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن رضا المضمون له (واجب) بعد الغض عن السند بأنها واقعة لا عموم فيها وبان ذلك انما يدل على عدم البطلان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له كذا في المختلف وغيره (وقد يقال) ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل الا بعد وقوعه منهما ولا قائل بانه

يقع صحيحاً ثم ينفسخ وان كان فضولياً لم يكن فيه دلالة للشيخ فتأمل واحتمال وجود القرينة الدالة على رضاه لعدم ما يوفى به دينه من التركة على الظاهر مع كون الضامن مثل أمير المؤمنين عليه السلام أو أبي قتادة بمحضر من النبي صلى الله عليه وسلم وبذلك يحصل العلم برضا المضمون له ولو بالفحوى ولعله كاف في الصحة بل واللزوم وان توقف على القبول اللفظي على الاختلاف على انا قد نقول بأنه قد يكون حصل رضا المضمون له في الواقعتين وعدم النقل لا يدل على العدم والتمسك باصالة العدم مشروط بعدم النص على الاشتراط وقد يقال ان رضا رسول الله صلى الله عليه وسلم كاف لانه أولى بالمؤمنين من انفسهم (واستدل) للشيخ في الكفاية بموثقة اسحق ابن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال ارجو ان لا يأثم واثماً ائمه على الذي يحبس (واستدل) له في الحدائق بموثقة الحسن ابن الجهم قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم عنك قال تكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قال ذلك في عنقه (قلت) فان رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي املك يضمن رضاهم وبصحيحة حبيب الخثمي عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ الا ان يكون له وفاء قال قلت ارأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال نعم وانت خير بان ما نضمنه هذا الصحيح مخالف للقواعد والاجماع خارج عن محل النزاع لانه ما تضمن براءة ذمة المدين من مال الغريم ينقله الى ذمة الضامن ومثله الموثق الثاني في الامرين معا لكونه صريحاً في حصول البرائة بمجرد ضمانه لرضاهم وبهذين حصلت المخالفة للاجماع والخروج عن محل النزاع ولهذا اطلق عليه السلام وقال ان للورثة المطالبة بالحكم الظاهر وهو اعم من وجود البينة على الضمان وعدمه والحاصل ان استدلال صاحب الحدائق بهذين غفلة والاصحاب اغفلوا على رأي العين واما الموثق الاول فهو مطلق بالنسبة الى حصول رضا المضمون له وعدمه فليقيد بادلة المشهور القوية المتعضدة المتعاضدة جمعا بين الادلة للاجماع على تقديم النص على الظاهر والقوي على الضعيف (وحجة) المشهور بعد اجماعي التحرير والغنية الاصل بمعنى ان الاصل عدم شرعيته حتى يثبت وصحيحة عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمت الميت ومفهومه نص في المطالب وقد روى مثله في الفقيه عن الحسن ابن محبوب عن الحسن ابن صالح الثوري عن ابي عبد الله عليه السلام ومثله في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برأ وقد لزم الضامن رده عليك والضعف منجبر بما عرفت مع التأييد بنجبر احتضار عبد الله ابن الحسن فلو لم يعتبر رضا المضمون له لم يخبرهم ويبقى الكلام في حجية فعله لانه قد يكون اخذه عن ابائه عليهم السلام ولهذا جعلناه مؤيداً وقد جعله في المختلف دليلاً وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اشار اليهما المصنف كما سترسم قوله ﴿

وفي اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبر فيه التواصل المهود بين الايجاب والقبول في العقود ( الخامس ) الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان منزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ( متن ) .

﴿ وفي اشتراط قبوله احتمال ﴾ اختاره في اللمعة وهو الاقرب كما في التحرير والتذكرة والاصح كما في جامع المقاصد والاجود كما في المسالك والاقوى كما في الروضة لان الضمان عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ولان المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه وقد عرفت الحال في قضية أمير المؤمنين عليه السلام ( ويعلم ) ان كل من قال انه عقد قال انه لازم والاحتمال الثاني عدم وفي ( الايضاح ) انه الاولى لانه التزام واعانة للمضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات وقوله تعالى وانا به زعيم وقد وافقه على ذلك المولى الاردبيلي وليس بشيء بعد دعوى الاجماع على كونه عقدا لازما وانتقاض ما في الايضاح بالرهن كما في التذكرة والمسالك فان فائدته التوثق مع اشتراط القبول فيه فتأمل مضافا الى الاصل والاقتصار فيما خالفه من اللزوم والانتقال على المتين من الاجماع والنص وليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا واطلاقه مسوق لبيان حكم آخر فلا عبرة به لعدم وروده في بيان حكمه كما حرر في محله مضافا الى ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضاعليه السلام من قوله وقبلت ضمانه وهناشي وهو انهم في اول الباب قالوا انه عقد واختلفوا في اشتراط القبول والقائل به حكم به بالاصح والاقرب ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ فان شرط اعتبر فيه التواصل المهود بين الايجاب والقبول في العقود ﴿ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكونه باللفظ الماضي واللفظ العربي كما في جامع المقاصد والمسالك ووجه ظاهر ﴾ قوله ﴿ الخامس الحق المضمون وشرطه المالية ﴾ اجماعا معلوما ومحكما في ظاهر الغنية وقد يظهر من غيرها وضابطه ما جاز عقد الرهن عليه كما في ( اللمعة ) أو أن يكون مما يصح تملكه وبيعه كما في ( التذكرة ) قال فلا يصح ضمان ما ليس بمال وكالا يصح بيع المحرمات والربويات وغيرها مما تقدم فكذا لا يصح ضمانها ﴿ قوله ﴾ والثبوت في الذمة ﴿ اجماعا كما في الغنية وغيرها كما ستسمع فلو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علي لم يصح اجماعا كما في ( التذكرة ) وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الاعيان المضمونة والعهددة ونقصان الصنعة وغير ذلك كما ستسمع فهي اما مستثناة أو الشرط أغلبيا كما يأتي بيان ذلك ﴿ قوله ﴾ وان كان منزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ﴿ كما طفحت به عباراتهم كالحلاف والغنية وغيرها وفي ( المبسوط ) نفي الحلاف وظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والاجرة بعد دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل اقتضاء الاجارة والمهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف انتهى وقول المصنف وغيره كالثمن في مدة الخيار شامل باطلاقه لما اذا كان الخيار لها أو لاحدها ولما اذا كان ضمانه أي الثمن قبل القبض أو بعده عن المشتري أو عن البائع لنفسه أو لعهدته أما ضمانه قبل القبض فأنما يصح عن المشتري لا عن البائع أما صحته عن المشتري سواء كان الضمان لنفسه أم لعهدته فأنما تكون اذا لم يكن معينا فيضمن عن المشتري للبائع الثمن الذي في ذمته فينتقل الى ذمة الضامن هذا اذا كان لنفسه واذا كان لعهدته فإنه يضمن للبائع عهدته الثمن لو ظهر مستحقا

اولو لم يكن لازما لكن يؤول اليه كمال الجمالة قبل الفعل (متن)

اذا كان غير معين أيضا لأنه لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن آخر ولا كذلك لو كان معيناً وظهر مستحقاً فإنه يبطل البيع ولو كان الضمان حينئذ لتجوز كونه معيناً صح سواء كان معيناً أو غير معين وأما عدم صحته عن البائع قبل قبضه على تقدير ظهور المبيع مستحقاً فإنه ضمان مالم يجب لأنه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان بل ضمن عهده فيكون كما لو ضمن ما يستدينه وهذا هو المراد مما في الشرائع والتحرير من قولها ولو كان قبل القبض لم يصح ضمانه عن البائع وأما ضمانه بعد القبض فقد يكون للبائع القابض له بأن يضمن له عهده على تقدير ظهوره مستحقاً على وجه لا يستلزم بطلان البيع كالمالك غير معين أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشاه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقاً ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لانه نفسه وكان الضمان في أكثر الصور ضمان عهدة فقوله كالتن في مدة الخيار تشبيه الحق الثابت المترنزل للمضمون اذ المضمون هو نفسه انما هو في صورة واحدة (ويلعلم) أن ضمان العهدة يفارق ضمان الثمن نفسه من جهة الصيغة والحكم فصيغة الاول ضمننت لك عهده ودركه فلا يفيد نقلاً وصيغة الثاني أعني ضمان النفس ضمننت لك الثمن الذي في ذمة زيد فيفيد انتقاله الى ذمة الضامن فالفرق بينهما في اللفظ والمعنى  قوله  أولو لم يكن لازماً لكن يؤول اليه كمال الجمالة قبل الفعل  عمدة الجمالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعاقل فسسخه قبل العمل وبعده ومن أحكامه أن العامل لا يستحق المال المجهول الا بتام العمل فلو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة حيث ان أجرتها موزعة على العمل بالنسبة لضمان مال الجمالة ان كان بعد تمام العمل فلا خلاف في صحته للزومه للجاعل وقد نفى عنه الريب والشبهة جماعة وان كان قبله نفى المبسوط والشرائع والتحرير وجمع البرهان انه يصح ضمانه وكذا المختلف وان زالف في الدليل وفي (الخلاف والغنية) يصح ضمان مال الجمالة اذا فعل ما شرط الجمالة به واعله يؤول الى ما في المبسوط كما فهمه الجماعة والا فلو أراد بعد تمام العمل كما يظهر من المختلف لما احتاج الى الاستدلال عليه بما ستمع ووافق في التذكرة فيما اذا ضمن بعد الشروع في العمل (واحتج) عليه في المبسوط والخلاف والغنية بقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) قال في (الخلاف) وهذا نص وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وقد استدلل الفقهاء بالآية الكريمة وكذا الحديث على مسائل من الجمالة والضمان فليكن هذا منها واستدل الشيخ أيضاً على ما حكاه عنه في التذكرة ولم أجده في المبسوط والخلاف بأن مال الجمالة يؤول الى اللزوم اذا عمل تمام العمل والذي لا يلزم انما هو العمل وأما المال فيلزم به الضمان للمال لا للعمل انتهى فتأمل واستدل عليه في المختلف بأن الحاجة ماسة اليه فجاز ضمانه كقوله ألق متاعك وعلي ضمانه ويستفاد من هذا أن الظالم اذا حبس رجلاً وأراد منه ما لا غرامة من غير حق كما هو عادة الحكم وقال لآخر ضمن عني هذا المال وخلصني من يد الظالم من الحبس والعقوبة أن الضمان صحيح وله الرجوع عليه بما أدى عنه وقد نهينا على ذلك في باب الديات واستدل على ما ذهب اليه في التذكرة بوجود سبب الوجوب وباتها - الامر فيه الى اللزوم كالتن في مدة الخيار ومراده سبب الوجوب الشروع في العمل المنتهي الى اللزوم لانه العتد كما فهمه في المسالك وقد ناقشه المحقق الثاني والشهيد الثاني باتقاء الثبوت واللزوم فيما بقي من العمل الذي لم يأت بمقابلته من العمل والفرق بينه

ومال السبق والرماية والاقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة (متن)

وبين الثمن في مدة الخيار (قلت) هو لم يقل انه يلزم فيما بقي بل قال انه ينتهي الى اللزوم يعني بتمام العمل كما صرح به في آخر كلامه في حجة الشيخ وهذا هو المراد من التشبيه فلم يتجه الا ليردان والامر واضح وكلام المحقق الثاني قد يدل على انه لا دليل في المسئلة غير ما حكاه عن التذكرة واختار أي المحقق الثاني عدم الصحة قبل الفعل والشهيد الثاني كأنه متردد كصاحب الكفاية ومثل ضمان مال الجمالة ضمان الدية قبل استقرار الجناية وقد حررناه في بابه وقول المصنف لم يكن لازما لكن يؤول الى اللزوم أراد به الايماء الى وجه الصحة ولذلك وقعت هذه العبارة في المبسوط والشرائع والتحرير وغيرها فلو قال لولم يكن ثابتا لكنه يؤول اليه لغات هذه الفائدة وخالف كلام الاصحاب فاندفع ما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومال السبق والرماية ﴾ كما في المبسوط والخلاف وجامع المقاصد والمسالك لقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولان الاصح انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالمقد فيصح ضمانه وتردد فيه في الشرائع وبني الامر في التذكرة على انه هل هو جمالة أو اجارة فان كان اجارة صح الضمان وان كان جمالة فكضمان الجمل وقد عرفت مختاره فيه فيها وهذا كله اذا كان الضمان قبل العمل أو قبل تمامه وأما اذا كان بعد تمام العمل فلا شبهة في صحة ضمانه كما هو واضح وقد صرحوا به ﴿ قوله ﴾ ﴿ والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وجمع والبرهان وفي (الشرائع) لو قيل به كان حسنا والمخالف الشيخ في المبسوط حيث منع من ضمان مال الكتابة مطلقا للعبارة ولم يفرق بين المطلقة والمشروطة قال لانه لا يلزم العبد في الحال لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للمعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول الى اللزوم لانه اذا آداء عتق واذا عتق خرج عن أن يكون مكاتبا فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لادائه وهو فرع لزومه للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازما فلهذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لاخلاف فيه انتهى وهو مبني منه على ما يختاره من عدم لزوم مال الكتابة المشروطة من قبل العبد والمشهور المعروف بين المتأخرين هو القول باللزوم فيصح ضمان مالها بل قالوا لو قلنا بالجواز فالصحة متجهة أيضا لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غاية انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انفق كما في التحرير وغيره وامتنع التعجيز كما لو أدى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار فان آداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق أولى ومن هنا أشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم فهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه فينافي الفرض من بناء الكتابة على الجواز وموضع الخلاف كما في المسالك الكتابة المشروطة وقال لا خلاف في لزوم المطلقة (قلت) ظاهر عبارة الشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف أن محل النزاع بينهم وبين الشيخ مطلقة (مطلق خل) الكتابة حيث تعرض في هذه الاربعة للخلاف ولعله فهمه أي نفي الخلاف من أن مذهبه في المبسوط ان الكتابة ان كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين وان كانت مشروطة فهي لازمة من جهة السيد دون العبد وان كان كلامه في الخلاف قد يعطي خلاف ذلك لكن الظاهر

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية ( متن )

كما في المختلف موافقة المبسوط فكلامه في الباب منزل على كلامه في ذلك الباب فتأمل ﴿ قوله ﴾ ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية ﴿ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وكذا الخلاف وفي (جمع البرهان) لعله لا خلاف فيه وهو كذلك لان النفقة كالموض عن التمكين فهي دين فيصح ضمان الماضية والحاضرة منها أما الماضية فلا استقرارها في ذمة الزوج بمضي الزمان وأما الحاضرة فلانها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمته وأما المستقبلية فانها غير واجبة في الذمة فلا يصح ضمانها لان النفقة عندنا انما تجب بالتمكين الكامل وهي أن تحل بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً بمجرد التقدم وعدم النشوز وفرق واضح بين التمكين الكامل وعدم النشوز والتمكين الكامل ليس بحاصل في زمان لم يقع بعد وقد علل في الشرائع صحة ضمان الحاضرة والماضية باستقرارها في ذمة الزوج فأورد عليه في المسالك ان النفقة الحاضرة لا اشكال في وجوبها وثبوتها مع التمكين أما استقرارها ففيه نظر مبني على أنها لو نشزت في اثناء ذلك النهار هل تسترد أم لا وفيه خلاف وأنت خير بأن مراده بالاستقرار الثبوت كما يرشد اليه مقابلتهما بالمستقبلية وعدم فرقهم في المقام بين المؤنة والكسوة حيث يقولون بصحة ضمانها حاضرة وماضية يقضي بأنهما من سنخ واحد وأنهما تملك والا فلو لم يكسها مدة كانت الكسوة كالاسكان لا تكون ديناً عليه على القول بالامتناع فلا يصح ضمانها وعلى القول بالتمليك تكون ديناً يصح ضمانها ثم ان صاحب المسالك أطلق الخلاف من دون تفصيل بالنسبة الى الكسوة والمؤنة مع ان الناشز والميتة والميت زوجها بالنسبة الى الكسوة على القول بانها امتناع يسترد زوجها ما وجده منها قولاً واحداً من القائلين بذلك ان كان هناك قائل بذلك ولم نجد له أحد من المتقدمين والاساطين نعم هو لبعض متأخري المتأخرين والمصنف في الارشاد وان كان ظاهره الامتناع لكن آخر كلامه يعطي التمليك وأما المؤنة فقد اختلفوا في استردادها في الناشزة في اثناء النهار وأما لو ماتت أو مات في اثنائه أو طلقها فالظاهر أنهم لا يختلفون في أنها لا تسترد منها نفقة النهار لو بقي منها شيء واختلفوا في نفقة الليل وكيف كان فقد قال في التحرير في الفرق بين مال الجمالة قبل العمل وبين النفقة المستقبلية اشكال ( قلت ) قد يمكن تجشم الفرق وقال في ( المبسوط ) بعد أن قال بصحة ضمان الحاضرة والماضية دون المستقبلية انما يصح ضمان نفقة المعسر لانها ثابتة على كل حال وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة المؤسر فهي غير ثابتة لأنها تسقط باعساره وتبعه على ذلك القاضي ورده في المختلف بأن الاعتبار حينئذ بالزوج فانه ان كان مؤسراً وجبت نفقة المؤسر وان كان معسراً وجبت نفقة المعسر ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار المؤسر بعد وجوبه وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلية وقول الشيخ في المبسوط كأنه مذهب المخالف وتفرغ على تسويغ ضمان النفقة المستقبلية وتبعه ابن البراج توها أن ذلك فتواه ( قلت ) كلام المبسوط في المقام ليس فيه تعرض لاهل الخلاف أصلاً لكن الباعث له على حمل كلامه على هذا الوجه البعيد جداً انه بالنسبة الى النفقة الماضية لا يكاد يعقل وبالنسبة الى الحاضرة بعيد جداً بعد احتمال الاعسار في ذلك النهار ووجه التفرغ المذكور على مذهب أهل الخلاف أن القائل بضمن المستقبلية شرط تقدير المدة وأن يكون المضمون نفقة المعسر وان كان المضمون عنه مؤسراً أو متوسطاً لانه ربما يعسر فالزائد على

والحاضرة للقريب دونها ولو ضمن ما يستلزمه بيع أو قرض بعده لم يصح ولا ضمان  
الامانة كالوديعة والمضاربة ويصح ضمان ارش الجناية وان كان حيوانا (متن)

نفقة المعسرين غير ثابت لأنه يسقط بالعسر وهناك خلاف آخر لابن ادريس فإنه بعد أن حكم بصحة  
ضمان الماضية والحاضرة دون المستقبلية قال في الموضع الذي يصح ضمانها لا يصح الا أن تكون معلومة  
لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب لا يصح وقضيته انها لا يصح  
ضمانها في الحالين الا بعد ان يحكم بها الحاكم ويأتي انشاء الله تعالى أن ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه يصح  
وأن الذي لا يمكن استعلامه لا يصح قولاً واحداً والنفقة مما يمكن استعلامها ﴿ قوله ﴾ والحاضرة  
للقريب دونها ﴿ أي يصح ضمان النفقة الحاضرة للأب والام وان علياً والولد وان نزل ولا يصح ضمان المستقبلية  
والماضية كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا جمع البرهان لان الحاضرة تجب بطولع الفجر  
والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن الغرض منها البر والصلة والمواساة فتفوت بفوات الوقت وبضيافة  
الغير ونحو ذلك ونفقة الزوجة معاوضة فسيبها سبيل الدين فضمان الماضي من نفقة الاقارب ضمان  
مالا يجب واما المستقبل منها فأولى بعدم الصحة ﴿ قوله ﴾ ولو ضمن ما يستلزمه بيع أو قرض  
بعده لم يصح ﴿ هذا تفريع على الثبوت في الذمة والمراد انه لو ضمن ديناً لم يجب بعد ولكنه يجب بعد  
ذلك بقرض أو بيع أو شبههما لم يصح ولو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علي لم يصح أيضاً عند علمائنا  
اجمع كما في التذكرة وفاعل يستلزمه راجع الى المضمون عنه فيصير المعنى لو ضمن ما يستلزمه بيع أو قرض  
﴿ قوله ﴾ ولا ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة ﴿ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع  
المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية وقال في (التذكرة) اذا ضمن عيناً لملكها وهي في يد غيره فان  
كانت امانة لم يتعد فيها الامين لم يصح الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة ومال الشركة والمضاربة  
والعين التي يدفعها الى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وأمينه اذا لم يقع منهم تعد أو تفریط  
عند علمائنا أجمع لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد وإنما يجب على الامين مجرد التخلية فاذا لم  
تكن مضمونة على ذي اليد لا تكون مضمونة على الضامن ولو ضمنها أن تعدى فيها لم يصح أيضاً لانه  
ضمان ما لم يجب ولم يثبت في الذمة فيكون باطلاً كالمضمون ما يدفعه اليه قرضاً ويدل على عدم صحته  
في الامرين أعني ضمان الاعيان أو على تقدير تلفها زيادة على ما سمعت أن الاصل عدم الضمان فيقتصر  
فيه على المتيقن والمتيقن هو المال الثابت في الذمة والاعيان في الصورة الاولى لا يمكن ضمانها لانها  
لا تنتقل من ذمة الى أخرى وفي الصورة الثانية لم يثبت شيء في الذمة حين الضمان كما عرفته آنفاً واستعرف  
الحال فيما علل به عدم صحه الضمان في الشرائع من قوله لانها غير مضمونة بالاصل ﴿ قوله ﴾  
﴿ ويصح ضمان ارش الجناية وان كان حيواناً ﴾ أي وان كان الارش حيواناً قال (في التذكرة)  
يصح ضمان ارش الجناية عند علمائنا سواء كان من النقدين أو الابل وغيرها من الحيوانات لانه مال  
ثابت في الذمة فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة في الذمة وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز  
ضمان ابل الدية لانها مجهولة الصفة واللون وفيه انا نتمتع بطلان ضمان هذا المجهول وان الابل الواجبة  
في الذمة عن النفس والاعضاء والجراحات معلومة العدد والسن وجهالة اللون وغيره من الصفات لا تضر



ومال السلم والاعيان المضمونة كالنصب والماريه والامانة مع التعدي على اشكال (متن)

قوله ﴿ ومال السلم ﴾ اجماعا كما في ظاهر التذكرة والمخالف أحمد في احدى الروايتين لانه يؤدي الى استيفاء المسلم من غير المسلم اليه وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ والاعيان المضمونة كالنصب والمارية والامانة مع التعدي على اشكال ﴿ صحة ضمان الاعيان المضمونة (المغصوبة خ ل) خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وكذا المفاتيح مطلقين هذه الكلمة بهذه العبارة ونحوها ولعلمهم أرادوا اما وجوب الرد أو ضمان القيمة على تقدير التلف كما نبه عليه في المبسوط في آخر كلامه اذ لا معنى لضمان العين بدونها ولذلك صور في التذكرة لزمانها صورتين (الاولى) أن يضمن رد أعيانها وجوزها لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ورده في (جامع المقاصد والمسالك) بان الثابت انما هو وجوب الرد وليس بمال وأن من خواص الضمان انتقال الحق الى ذمة الضامن وبرائة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من أصولنا (الثانية) أن يضمن قيمتها على تقدير التلف وقوى صحته لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان ويأتي له في باب الكفالة انه يصح ضمانها وأنه لا يضمن قيمتها على تقدير التلف ورد في الكتابين بانه ليس بواقع فهو ضمان مالم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل وأيضا فان الثابت في ذمته هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت قيمتها في ذمة الغاصب وهذا حكم شرعي تابع لوصف النصب والاستعارة والتعدي في الامانة والحكم الشرعي لا يمكن نقله بالضمان وفي الاول اعني جامع المقاصد ان عدم صحة الضمان قوي وفي الثاني انه أقوى وفي الايضاح انه الاصح ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الاسلام ولا الكفاية (قلت) قد يقال ان ليس من لوازم الضمان انتقال المال الثابت في الذمة أو شرائطه ولعل المراد أن الغالب انه كذلك والا فما كان ليخفي على أولئك الاجلاء العظام هذا الشيخ في المبسوط ذكر الوجيهين وعلل عدم صحة الضمان بأنها غير ثابتة في الذمة وقال انما يصح ضمان الحق الثابت في الذمة ويرشد الى ذلك انه في التذكرة قال ضمان المال عندنا ناقل وفي ضمان الاعيان المضمونه والعهد اشكال أقر به عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه وقد جوز فيما حكيناه ضمان الاعيان المغصوبة ونحوها وجوز ضمان العهد في موضع آخر ويرشد الى ذلك أيضا أطباقيهم كما ستسمع على صحة ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع اذا كان قد قبضه وهو فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وصرحوا أيضا بصحة ضمان الثمن للبائع عن المشتري وان كان عينها كما ستسمع فلو لم يكن ذلك أغلبياً لما صح منهم ذلك مع تنبيههم على ماردوا به عليهم بل لا نستبعد كما قال المقدس الاردبيلي صحة ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين من الضامن أو ممن هو في يده على سبيل التخيير بمعنى أن المضمون له مخير في الطلب من أيهما شاء أو تقول يجب عليها معا رد العين وعودها بعد التلف كما هو الشأن في الفاصين المتعددين أو تقول ان الضمان هنا ناقل بمعنى انه يجب رد العين على الضامن بمعنى انه يختص بالمطالبة فيأخذها من الغاصب ويردها الى مالكيها ان ثبت انه لا بد من النقل مطلقا والا فنقول ان النقل مخصوص فيما يمكن من الاموال التي في الذمة والحاصل أنا قد نقول انه لا دليل على كون الضمان مطلقا ناقلا فان الاجماع والخبر انما هما في غير الاعيان ويشهد لذلك كلامهم في ضمان العهد (وليعلم) ان قوله في الشرائع

وضمان العهدة للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وضمان عهده  
 ان ظهر عيب أو استحقق وللمشتري عن البائع بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى  
 خرج المبيع مستحقا (متن)

لانها غير مضمونة بالاصل في توجيه عدم صحة ضمان الامانات كما اشرنا اليه آفا قد يعطي ان الامانة  
 مع التعدي لا يصح ضمانها لانها ليست مضمونة بالاصل كالمقصور والمستام والمقبوض بالبيع الفاسد  
 الا ان نقول ان مراده بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان كل ما ليس بمضمون حين ارادة ضمانه  
 لا يصح ضمانه والامانة مع التعدي مضمونة حال ضمانها لو ضمنها فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان العهدة  
 للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ﴾ قال في (المبسوط) العهدة وان كان أسما  
 للضمان فقد صار في عرف الشرع عبارة عن الثمن حتى اذا اطلق لا يعرف الا ما قلناه ونحوه ما في  
 التحرير وحواشي الشهيد وقد حكاه بعض عن التحرير وبعض عن الحواشي ساكتين عليه وقال في  
 (التذكرة) سمي ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده أو لما ذكره في الصحاح قال يقال  
 في الامر عهدة بالضم أي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أي ضعف فكأن الضامن ضمن ضعف العقد والتزام  
 ما يحتاج اليه من عزم أو ان الضامن التزم الرجعة عند الحاجة وهذا الاخير تفسير للعهدة بمعنى الدرك  
 لا بمعنى الثمن وكلاهما معروف ومعنى العبارة انه يصح ضمان الثمن عن المشتري للبائع اذا كان ديننا  
 وهذا لا ريب فيه واما اذا كان عينا فهو من جملة الاعيان المضمونة ففي (جامع المقاصد) لعل تجوز  
 ضمانه لعموم البلوى ورعاية الحاجة واطباق الناس على ضمان العهدة انتهى ولم اجد من صرح بذلك  
 لكن الامر كذلك واطلاق التحرير يتناول ذلك ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان  
 عهده ان ظهر عيب أو استحقق ﴾ أي يصح ضمان عهدة الثمن أي دركه على تقدير ظهور عيب فيه  
 أو ظهور استحقاقه والمراد ضمان عهده عن المشتري للبائع لان الارش على تقدير ظهور عيب حق ثابت  
 حين الضمان وان كان متزلزلا لجواز الفسخ قبل التصرف والبدل واجب على تقدير الاستحقاق اذا لم  
 يجر العقد على عينه ولا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان للضرورة وانكشف ثبوته بعد كما صرح  
 بذلك كله في جامع المقاصد ونحوه ما في التذكرة في موضع منها وفي (التذكرة) في موضع آخر والتحرير وجمع  
 البرهان والمفاتيح الاقتصار على صحة ضمانه فيما اذا ظهر مستحقا وقال في (التذكرة) ان الاقوى عدم الجواز  
 فيما اذا خرج معييا وتمام الكلام وتحرير المقام يأتي انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمشتري عن البائع  
 بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقا ﴾ كافي المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع  
 والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لاطباق  
 الناس على جوازه في جميع الأعصار كما في التذكرة وكذا مجمع البرهان وفي (المسالك) ان ظاهرهم الاتفاق  
 عليه وقد قيد بكونه بعد القبض في اكثر الكتب المتقدمة ما عدى المبسوط والشرائع والارشاد والمعة  
 بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بانه ان كان قبض الثمن صح الضمان وان لم يكن قد قبض  
 لم يصح وهو ايضا مراد في كلام من لم يقيد به لانهم لا يختلفون في ان الضمان لا بد فيه من ثبوت  
 حق في ذمة المضمون عنه في نفس الامر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به والبائع ما لم يقبض  
 لم يتعلق بذمته حق وقد استدلوا عليه بعموم ادلة الضمان ومنها المؤمنون عند شروطهم وبالاجماع

أورد بعب على اشكال (متن)

واستمرار الطريقة في الاعصار المؤيد بالضرورة فإنه لو لم يجوز مثله وإن (١) قلنا ان ضمان الاعيان لا يصح لزم تعطيل كثير من المعاملات فإنه كثيرا ما يحتاج الانسان الى معاملة اشخاص لا يعرفون ولا يوثق بكلامهم ولا بملكيتهم ولا ييدم اذ كثيرا ما تكون عادية ويخاف عدم الظفر بهم لو خرج مستحقاً وهذا وإن كان يقضي باولوية صحة ضمانه قبل قبضه كما هو ظاهر لكن تعارضه القاعدة الاخرى التي عرفتها وهي عدم صحة ضمان ما لم يجب كالأبراء عما لم يجب لكن قضية ذلك ان لا يتأملوا فيما اذا رد بعب سابق وما اذا ضمن درك ما يحدثه فليكن ذلك من هذا القبيل فتارك القيد قد يكون مخافاً ولا سيما أن لحظت ما ذكرناه آنفاً فليتنامل جيداً وهذا كله ان لم يجز المالك البيع أو اجازته ولم يرض بقبض البايح ومثله ما لو تبين خال في البيع اقتضى فسادَه كتحلف شرط فيه ونحو ذلك فإن ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك لما تقدم من العلة كما نص على ذلك جماعة كثيرون وقد يقال انه لا يصح الغمان لانه انما جوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر اسباب الفساد ممكن وعدم خلافهم في صحة هذا يشهد على ما قلناه آنفاً ويأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف له ﴿ قوله ﴾ ﴿ اورد بعب على اشكال ﴾ ينشأ من ان الثمن انما وجب حينئذ بالفسخ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب ومن تقدم سبب الفسخ ودعاء الحاجة اليه كما في الايضاح وجامع المقاصد واستشكل في التذكرة بسبب تفریط البايح لان كان يمكنه الاعلام وما اعلم بالثمن فصار كأن الاستحقاق ثابت فيستحق الطلب وبسبب انه فسخ متعقب كالتقابل (قلت) وهو قوي ومجرد تفریطه لا يستلزم صحة ضمانه مضافاً الى الاصل مع عدم تحققه حين ضمان العهدة وهو الاشهر كافي الكفاية وهو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمسالك والكتاب ايضاً في موضعين كما يأتي وفي (جامع المقاصد) انه قريب وذكر الاحتمالين في المبسوط من دون ترجيح وقال في (الايضاح) ان الحق الصحة لان العذر الغالب أولى بالرخصة من النادر والحق متاعك في البحر وعلي ضمانه اقل وقوعاً من صورة النزاع فيكون الجواز هنا أولى أنتهى وهو قوي متين أيضاً بل قد يقال انه احد الفردين الثابتين حالة العقد على وجه التخيير لأنه مخير بين الرد بالعب والمطالبة بالثمن وبين الرضا به والمطالبة بالارش فيوصف بالثبوت قبل اختياره كالفرد من الواجب المخير فإنه بوصف بالوجوب قبل اختياره كما يأتي لهم مثله في ضمان الارش أنتهى وعلى تقدير صحته يجب تقيده بعب سابق كما في الشرائع والا فقد يصح الفسخ بعب لا حق كما لو وقع قبيل القبض أو في الثلاثة وهذا لا يكون موجوداً حالة الغمان الواقع عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولاً واحداً هذا وقد عرفت ان المصنف هنا استشكل في الرد بالعب ويأتي له بعد اسطر ان الاقرب انه لا يصح ويأتي له بعد صفحة الجزم بعدم الصحة وقد حكى في جامع المقاصد ان بعض الناس حاول الفرق بان الاشكال هنا في تناول اطلاق لفظ ضمان عهدة الثمن لهذا القسم واما تناولها لما اذا ظهر مستحقاً فلا شك فيه واستشهد على ذلك بقول الشيخ في المبسوط انه اذا ضمن عهدة الثمن فخرج بعض المبيع مستحقاً

(١) كذا في النسخ والظاهر زيادة ان (مصححة)

## أوارش العيب (متن)

فسخ المشتري لبعض الصفقة طالب الضامن بالثمن كله ورده في (جامع المقاصد) بان عبارة المصنف تأتي هذا الحل قال ومع ذلك قالاشكل في وجوب الثمن على الضامن هنا انما يتأتى على تقدير اللزوم لو صرح بضمانه اذا خرج عيب ورد به والمصنف لا يقول به كما سيأتي وايضا فسيأتي هنا في كلام المصنف بعد صفحة رد كلام الشيخ هذا (قلت) هو توجيه لا بأس به في دفع التناقض من دون تقادم عهد وقوله بعده والاقرب قرينة عليه والعبارة لاتأباه عند التأمل وما ذكره لا يدفعه وقد اخذ هذا التأول من مواضع من التذكرة والتحرير وقد فسر به في المسالك عبارة الشرائع في مواضع فمنها ما قاله في الشرائع وكذا لو فسح بعيب سابق قال في (المسالك) أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة الى ان قال وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه الى آخره ومثله المقدس الاردبيلي في مجمع البرهان حيث فسر تردد الشرائع في ارش العيب كما ستسمع على انه هو في جامع المقاصد سيعترف بمثل ذلك حيث قال يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش المبيع الى ان قال فيكون ضمانه مندرجا في ضمان عهدة الثمن وعبارة المبسوط تشهد بذلك وم له في اشكالات الكتاب مثل ذلك فتأمل جيدا ويأتي الكلام في حال الضمان في (١) ما اذا تلف المبيع قبل قبضه وما اذا ظهر بعضه مستحافا هذا من سنخ المسئلة  قوله  ﴿أوارش العيب﴾ هذا معطوف على الثمن أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش عيب المبيع كما هو خيرة الارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد وكذا المسالك وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير وجه الصحة ان الارش جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فيكون مبنيا على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه أو يخص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان وبذلك يفارق الثمن حيث لا يدخل على تقدير الفسخ لانه أي الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم (ووجه) العدم ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة المقدم من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب التخيير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هنا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله في الثمن لانه قسيمه في ذلك كما بنهنا على ذلك آنفا قال في (المسالك) والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن انما يجب بالفسخ واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فائت من مال المعاوضة ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما (قلت) قد يقال انا لا نسلم ان الارش واجب بالاصل وانما الحاصل سببه ولا يثبت الا باختياره فكان كالثمن كما أشار اليه هو في قوله ومحصل الاشكال يرجع الى أن الارش هل هو ثابت بالمقدم وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن أو ان سببه وان كان حاصل لا يثبت الا باختياره قال وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب فهل تبقى ذمة من انتقل عنه العيب مشغولة له بالارش أم لا (قلت) قد يقال انه اذا لم يعلم تبقى ذمة الآخر مشغولة على التقديرين لان كان عالما بالعيب كآماله والالزم ذهاب جزء من الثمن من غير عوض وهو بعيد جدا نعم يبريء مما زاد

(١) لفظ في غير موجود في نسختين (مصححه)

ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري ورداءة الجنس في الثمن والمثلن والاقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا وورده والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به (متن)

على ارش عيه وتظهر الفائدة فيما اذا علم ولم يطالب فانه يحتمل براءة ذمته وان كان ثابتا فيها حيث انه لم يختار المطالبة لانه انما ثبتت له المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ فاذا فعل أحدهما سقطت ويحتمل عدم براءتها لثبوتها بالعقد طالب أم لم يطالب فليأمل جيدا واحتمل في مجمع البرهان أن يكون وجه تردد الشرائع أن ضمان عهدة الثمن لا يشمله الا أن يكون مقصودا ومعلوما بينهما سواء ذكر ما يدل عليه بخصوصه أم لا حيث قال أي في الشرائع لان استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد قوله ﴿ ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري ﴾ كما في التذكرة بالنظر الى آخر كلامه والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ذكره في أثناء كلامه وبيان ضمان نقصانها في الاول انه اذا جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن فأثمه البائع فيها فضمنها الضامن عن النقصان فاذا كانت الصنجة ناقصة صح الضمان لانه ضمان العهدة فيطالب الضامن بالنقصان ومنه يعلم حال ضمان نقصانها في السلعة للمشتري هذا اذا ضمن ذلك صريحا وهل يندرج تحت مطلق ضمان العهدة احتمالا والصنجة بفتح الصاد والسين أفصح قاله في القاموس ( هذا ) وألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري ضمنيت لك عهدة أو ثمنه أو دركه أو خلصتك منه ولو قال ضمنيت لك خلاص المبيع لم يصح لانه لم يملك المبيع ولا خلاصه الا باتباعه لو ظهر مستحقا كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وقال في (مجمع البرهان) بعد أن نقل ذلك عن التذكرة الظاهر أن المراد التمثيل والا فكل لفظ يفهم منه ما يراد من ضمان العهدة يصح ذلك به للمشتري أو للبائع ( قلت ) ما استظهره هو الظاهر وقال في (المبسوط) فمضى أتى بواحدة من هذه الالفاظ صح الضمان لأنها موضوعة لها انتهى فليأمل فيه قوله ﴿ ورداءة الجنس في الثمن والمثلن ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير بعد تأمل فيه ومعناه انه لو خرج المبيع رديا من غير الجنس الذي يستحقه المشتري فرده على البائع طالب المشتري الضامن بالضرب المستحق له وكذلك الحال في الثمن ويبقى الكلام في أنه يندرج تحت مطلق ضمان العهدة أم لا الظاهر الاول لانه كما اذا ظهر مستحقا - قوله ﴿ والاقرب انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا وورده ﴾ قد تقدم الكلام فيه مسبقا - قوله ﴿ والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به ﴾ يعني ان الاقرب الصحة في هذا الفرض كما هو خيرة التذكرة والمسالك والروضة والكفاية وكذا جامع المقاصد لان الثمن يجب رده على البائع فأشبهه ما لو بان الفساد بالاستحقاق فكان الحق ثابتا وقت الضمان في الواقع وان لم يعلم ثبوته ظاهرا فلا يكون ضمان مالم يجب ويحتمل عدم الصحة لان هذا الضمان انما يجوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن وان المضمون ليس ثابتا في الذمة لانه عين موجودة غاية ما في الباب أنه مضمون (انها مضمونة خل ) على تقدير التلف فيكون كضمان الاعيان المضمونة وقد عرفت الحال فيه بل هذا ابعد لانه وقت الضمان غير معلوم الثبوت لانه انما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت ويدفع ذلك قضاء

## والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته (متن)

الضرورة بذلك ومشاركته الاستحقاق في المعنى وانه كثيرا ما يتعذر على المتعاقدين أو أحدهما الاطلاع على صحة العقد وفساده وقت العقد فيكون في ذلك مندوحة عن هذا الضرر وهذا اذا ضمن ذلك صريحا ولعل الظاهر اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة لمشاركته الاستحقاق في المعنى ﴿ قوله ﴾ والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته ﴿ كما في المنفعة والنهاية والكافي والكمال على ما حكي عنها والمراسم والغنية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر والتفصيل وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح وهو المحكي عن أبي علي وعن صاحب الرابع ( ١ ) وهو الأشهر كما في كشف الرموز والمسالك والرياض وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد والمفاتيح وعليه الفتوى كما في ايضاح النافع وعليه اجماع الطائفة كما في الغنية وروى الاصحاب جواز ذلك كما حكاه كاشف الرموز عن المبسوط ولم أجده في نسختين منه وقال في ( كشف الرموز ) لو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام خذ ما اشتهر بين أصحابك وقد تأمل في التذكرة وكذا التحرير في فهم ذلك من عبارة النهاية وليس في محله كما اعترف به هو في المختلف وغيره والمخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضي والمهذب على ما حكي عنه وابن ادريس قال في ( السرائر ) انه الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب وفي ( كشف الرموز ) انه أشبه وقد سمعت كلامه آنفا وكأنه تأمل في التحرير في ظهور عبارة المبسوط في الخلاف وقال ان عبارة النهاية مشككة ولم يرجح صاحب الوسيلة والمصنف في التذكرة ( واحتجوا ) عليه بأن الاصل الصحة ولعلمهم أرادوا عموم أوفوا بالعقود وبعموم قوله تعالى ( وأنا به زعيم ) وأشار الى حمل البعير والاصل عدم تعيينه وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما رواه عطاء عن الصادق عليه السلام قال قلت له جعلت فداك ان علي دينا اذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه فقال سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلي ضياعه ومن ترك دينا فعلي دينه ومن ترك مالا فعلي وكفالة رسول الله صلى الله عليه وسلم ميتا ككفالاته حيا وكفالاته حيا ككفالاته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك ولولم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار اذ الباطل لا اعتبار به وامتنع من الامام عليه السلام الحكم بأن النبي صلى الله عليه وسلم كافل ( قلت ) و ينبغي أن يحتجوا عليه بضمان مولانا علي بن الحسين عليه السلام دين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن أسامة فانهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وكيته وقت الضمان وأنت خير بأن محل البحث انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه وظاهر الاخبار الثلاثة انه ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار الاصالحة للتأييد وكذلك الكلام في الآية الشريفة فانه متى خص محل البحث بما ذكرنا لم تكن من ذلك في شيء لان الظاهر منها انما هو ضمان الجمالة فان كان محل البحث الضمان بقول مطلق تم الاستدلال بالآية الشريفة والاختلاف وان خص بما ذكرنا صلحت للتأييد لا للاستدلال ( واحتج الشيخ ) في الخلاف بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وضمان المجهول غرر وبعدم الدليل على صحته ( وأجاب ) عنه في المختلف بأنما هو في الماوضات التي تفضي الى التنازع اما مثل الاقرار

(١) وهو ابن طاوس صاحب البشري ( منه )

فيلزمه ما تقوم البنية على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في دفتر وكتاب أو يقر به المضمون عنه أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون (متن)

والضمان فلا لان الحكم فيها معين وهو الرجوع الى المقر في الاقرار والى البينة في الضمان فلا غرر (واعترض) بأن الغرر لا يزول بقيام البينة لجواز قيامها بما لا يعجز عنه الضامن فلو أزمناه لادى الى ضرره (وأجاب) جماعة كالمقداد والقطيبي بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه فكان كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه ولعل كلا من السؤال والجواب في غير محله اذ لعل غرضه في المختلف ان الضمان كالجمالة والرهن ونحوهما يحتمل من الغرر ما لا يحتمله البيع والاجارة ونحوهما وليعلم انه انما يصح في صورة يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه أما ما لم يمكن فيه العلم كصنعت لك شيئاً مما في ذمته فلا يصح قولاً واحداً كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و به جمع بين قولي الشيخ صاحب الرائع حكاه عنه كاشف الرموز لعدم امكان العلم به لصدق الشيء على القليل والكثير واليه أشار المصنف بقوله كما في ذمته أي كضمان ما في ذمته ونحوه ما في الشرائع وغيرها وعساک تقول لم لا يصح ويلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشيء لانا تقول ليس هذا هو المضمون لانفاء مانعيته وان كان بعض افراده والواجب هو المجهول ووجوب شيء فرع صحته ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمراسم وأكثر ما تأخر عنها وفي (الغنية) الاجماع عليه وقيد بوقت الضمان لانه الذي في الذمة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا ما يتجدد ﴾ كما صرح به في التحرير والتنقيح وجامع المقاصد وهو قضية قولهم يلزمه ما تقوم به البينة وقت الضمان لعدم دخوله في الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ما يوجد في دفتر وكتاب ﴾ بلا خلاف كما في التنقيح و به صرح في المقنعة والنهاية وغيرها لعدم ثبوته في الذمة وانما يلزم الثابت فيها خاصة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو يقر به المضمون عنه ﴾ بلا خلاف الا من أبي الصلاح وأبي المكارم فيلزمه ما يقر به عندهما وادعى الثاني عليه الاجماع ويوهنه مع كونه اقراراً على الغير انحصار القائل به فيهما نعم استشكل في التنقيح والمقاييس نعم ان كان الاقرار سابقاً على الضمان لزم ضمان ما أوجب الاقرار كما في المختلف وغيره وعبارة الغنية لا تأبي التنزيل على ذلك وقد يكون مثله ما اذا صرح في عقد الضمان بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون ﴾ كما في الشرائع وما تأخر عنها وانما استشكل صاحب المقاييس وفي (المقنعة) انه يلزمه ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وقيده الشيخ في النهاية برضا الضامن قال فان حلف أي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ونحوه ما حكى عن القاضي فلو حلف المدعي بسبب الرد من غير رضا الضامن لزمه على مقتضى قول المفيد دون قول الشيخ وفي (المختلف) ان التحقيق ان تقول ان جعلنا يمين المدعي كالبينة كان له الرجوع على الضامن سواء رضي يمينه أولاً وأن جعلناها كالاقرار افترق الى رضا الضامن وواقفه على ذلك صاحب التنقيح وفي (جامع المقاصد) أن التحقيق أن الرضا لا اثر له انما المؤثر وقوع الرد منه قال ولعلمهم ارادوا بالرضا ذلك (قلت) ولعل المفيد اراد بقوله الا أن يحلف على ما يدعيه أن المضمون له يحلف برد الضامن فنتلثم كلمة المفيد والشيخ وتقييد المصنف عدم الازم بحلف المضمون له بكون الرد من المديون يعطي ذلك فانه متى كان الرد من الضامن أو منه ومن المضمون عنه لزم ما يحلف عليه (واعترض في جامع المقاصد)

ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ (متن)

على المختلف بان كون اليمين المردودة كالبينة انما هي في حق راد اليمين كما انها اذا كانت كالاتفاق تكون كاتفاقه فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد ايضا قال في (المسالك) يمكن دفعه بان البينة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن لان الحق يثبت بها مطلقاً بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه (قلت) كلامهم في باب القضاء بعضه يعطي ما قاله المحقق الثاني وبعضه يعطي ما قاله الشهيد الثاني ومما يعطي ما قاله الثاني قولهم في الثمرة انه اذا اشترى المدعي شيئاً من وكيل البائع ثم ادعى عليه فسخره بعبء سابق وانكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين وردّها على المدعي فانه على القول بانها كالبينة يردّها أي السلعة على البائع وعلى الثاني على الوكيل وقد حققنا في باب القضاء انه حكم برأسه وانه يجب اعتبار الادلة في الفروع التي فرعوها وان تلك التقريرات أشبه بالقياس وقد اسبغنا الكلام في ذلك محمراً هذا وظاهر العبارة وغيرها وصريح التفتيح أن الخصومة بين المضمون عنه والمضمون له قال في (التفتيح) لو لم يقم البينة بشيء من المال وانكر المضمون عنه فتوجهت عليه اليمين فردّها على المضمون له فخلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا قال الشيخ الى آخره وقال في (المسالك) ولا ما يخلف عليه المضمون له يرد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقربه نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف أنتهى ونحوه ما في الروضة والرياض فظاهر المفيد كما هو صريح التفتيح أن الخصومة بين المضمون له والمضمون عنه وقد يظهر من النهاية ان الخصومة بين الثلاثة كما هو صريح جامع المقاصد والمسالك والروضة ويمكن تنزيل كلامهم جميعاً على ما اذا كانت خصومة المضمون له معهما ويبقى الكلام في امكان الفرض مع فرض الجهل من الضامن وهو ممكن في امثلة كثيرة (منها) ما اذا اختلفوا في تشخيص ما في الذمة كأن يثبت ان له عنده مائة فيقول المضمون عنه والضامن انها مائة درهم ويقول المضمون له انها مائة دينار وعلى هذا تلتئم الكلمة ويرتفع الخلاف في المسئلة بين المفيد والشيخ بالتنزيل المتقدم وبينهما وبين المشهور لانهم يقولون لا بد من الرد من الضامن منفرداً أو مع المضمون عنه واستبعاد التأويل مع حكاية الخلاف يعارضه استبعاد وقوع الخلاف من الشيخين والنقيض برد اليمين من المديون ليخرج ما اذا حلف مع شاهده فان حاله حال ما اذا قامت البينة

﴿ قوله ﴾ ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ ﴿ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف حكماً وتعليلاً وكذا المبسوط والسرائر وهو المحكي عن المفيد والتقي وقضية كلامهم هذا ان العلم بالثبوت وقت الضمان شرط في صحته وهو ظاهر في غير ضمان العهدة بل يمكن فيه على نوع من التأويل ولا مانع من ان يكون ذلك شرطاً عملاً بالأصل الا في موضع اليقين ولانه ضمان الم يجب كما في المختلف أي ما لم يعلم وجوبه فيصير الحاصل من الجمع بين كلامهم انه لو ضمن ما في ذمته وهو يعلم انها مشغولة بشيء لزمه ما قامت عليه البينة وانه لو ضمن ما في ذمته وهو لا يعلم شغلها بشيء لا يصح ضمانه ولو قامت البينة بانها مشغولة بشيء معلوم فعدم صحة ضمان ما تقوم به البينة بهذه الصيغة انما هو لعدم علمه بانها مشغولة فلو قال له ان ذمتي مشغولة لزيد بمبلغ كثير فقال له انا ضامن ما تقوم البينة به له عليك صح الضمان ولزم وقال المحقق الثاني لو قال بعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في



الذمة لكان أولى وتخرج العبارة على ان المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان وتبعه على ذلك صاحب المسالك وقال ان تعليل الشرائع وهو كتمليل الكتاب كما عرفت لا يخلو عن قصور لانه يدل على انه لو ضمن بهذه الصيغة يعني قوله انا ضامن ما تقوم به البينة ما علم ثبوته وقته أي الضمان يصح وأنه لو لم يعلم وضمن كل ما ثبت في ذمته وقت الضمان لم يصح والامر بالعكس فالصحيح في التعليل ان يقال أن هذه الصيغة اعم من أن تثبت في الذمة حين الضمان وما يتجدد بعده وانما يصح لو ثبت حينه والعام لا دلالة له على الخاص وفيه فطر من وجوه (الاول) ان كلام المحقق الثاني الذي هو الاصل في ذلك قابل للتزليل على ما قلناه فيصير معنى كلامه لعدم دلالة عقد الضمان على ضمانه ما علم ثبوته في الذمة ويكون معنى قوله وتخرج العبارة الى آخره ان المراد لعدم دلالة الصيغة على علمه بثبوت ما قامت به البينة في الذمة واما على ما فهمه منه في المسالك يصير المعنى لعدم علمنا بدلالة الصيغة على ارادة ثبوت ما قامت به البينة في الذمة حين الضمان لا ما يتجدد وفيه من التكليف الشديد والتقدير الكثير ما لا يخفى (الثاني) وهو وارد عليهما ان ظاهر التعليل ما تقدم لما تقدم مؤيدا بالعقل وكون الامر بالعكس غير مسلم بل عكس العكس هو ما ذكره الاصحاب ولا باعث لصرف عباراتهم عن ظاهرها وتحميلها لما يتجدد (الثالث) انا تقول بناء على ما تقول أن تم ان المطلق ينصرف الى الصحيح لا غير لانه المتبادر لا ما يتجدد خصوصا مع القرينة فتأمل جيدا هذا وقد نقل في المبسوط عن قوم أنه يصح ان يضمن ما تقوم به البينة دون ما يخرج به دفتر الحساب ثم قال ولست اعرف به نصا وجاء العجلى مستعجلا فقال في السرائر اذا لم يعرف بصحة ضمان ما تقوم به البينة نصا من ابن أوردته في نهايته واطال في الكلام عليه في سوء ادب والظاهر ان ما في المبسوط غير ما في النهاية لانه في المبسوط قسم ضمان المجهول الى غير واجب كضمنت لك ما تعامل فلانا ثم قال والمجهول الذي هو واجب مثل ان يقول انا ضامن لما يقضي به القاضي على فلان أو ما تشهد لك البينة من المال عليه أو ما يكون مثبتا في دفترك وهذا لا يصح لانه مجهول وان كان واجبا في الحال وقال قوم من اصحابنا انه يصح الى آخر ما سمعته أننا والظاهر ان مراده انه ضمن بهذه الصيغة ولم يعلم الضامن ثبوته في الذمة وأنه كان ثابتا في الواقع فبطلانه عنده لمكان الجهالة الموجبة للغرر كما مر وكلامه في النهاية نص أو ظاهر فيما عليه المفيد والمشهور من انه اذا ضمن له ما في ذمته انه يلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان لانه الذي في ذمته حينئذ وهو الذي فهمه منه الجماعة وحكوه عنه كما مر مفصلا وانما استشكل فيه في التحريير فتكون المسئلتان مختلفتين موضوعا وحكما قال في (النهاية) ولو قال أنا أضمن ما ثبت لك عليه ان لم آت به في وقت كذا ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينة للضمنون عنه الى آخره نعم لو كان في النهاية مثبت مكان ثبت كما في نسختين منها تجبه كلام ابن ادريس والعجب من المصنف في المختلف انه لم ينبه على ما ذكرنا (وأجاب) بأن عدم النص لا يقتضي عدم الدليل لعدم انحصار الدليل في النص لجواز ان يكون شيئا مستنبطا من النص أو دليلا عقليا وجاز ان يقف عليه بعد ذلك الى آخره وأنت خبير بأن النهاية متون أخبار وان تصنيف المبسوط بعدها كما نص على الامرين في خطبة المبسوط فلا يصح الجوابان الاخيران وكأن نستخته فيها يثبت مكان ثبت واذا كان كذلك لا يصح منه اختيار مذهب النهاية أولا والاستدلال عليه وقوله بعد ذلك بثلاث مسائل انه لا يصح ضمان ما تقوم به البينة حيث لا يعلم ثبوته وقت الضمان لانه ضامن ما لم يجب فتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾

ويصح البراء من المجهول ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة  
وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين (متن)

﴿ ويصح البراء من المجهول ﴾ عندنا كما في التذكرة قال لانه اسقاط عما في الذمة بل هو أولى من ضمان المجهول لان الضمان التزام والبراء اسقاط (قلت) غرضه انه مبني على الغبن والمساحة اذ هو اسقاط محض بلا عوض وفي (جامع المقاصد) انه لا بد من قصده الى البراء من المجموع قليلا كان أو كثيرا فلو ظن قلته فيان كثيرا لم يقع فعلى هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه فان لم يفعل وأبرأه منه كائنا ما كان فانه يبرأ والا ففيه تردد ويرشد الى ذلك انه ذكر في التذكرة في تذييب للمسئلة انه لو اغتتاب شخص غيره ثم جاء اليه وقال اني اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اغتتابه فللشفافية وجهان أحدهما انه يبرأ لان هذا اسقاط محض كما لو عرف ان عبدا قطع عضوا من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعنى عن القصاص صح والثاني لا يصح لان المقصود حصول رضاه والرضا بالمجهول لا يمكن والفقهاء عن القصاص مبني على التغليب واسقاط المظالم غير مبني عليه ولم يرجح احد القولين في التذكرة ولعل تفصيل المحقق الثاني المتقدم متجه هنا ولعلم الهدى كلام في نحو المقام وقضيته انه لا بد من بيان الحق في الجملة كأن يقول اني اغتبتك في عرضك أو نحو ذلك وهـل هو محض اسقاط أو تملك ظاهر التذكرة اجماعنا على انه اسقاط لا تملك فلو كان له دين على اثنين فقال أبرأت احدكما فعلى قولنا بانه اسقاط يصح ويطلب بالبيان وعلى القول بانه تملك لا يصح كما لو كان في يد كل واحد منهما ثوب فقال ملكت احدكما الثوب الذي في يده ومنه يعلم ما اذا قال أبرأت بعض الدين الذي عليك وعلى التقديرين لا يحتاج الى القبول لانه وان كان تملكاً لكن المقصود منه الاسقاط وقد اتفق الفقهاء على بطلان البراء عما ليس ثابتا في الذمة وانما صح في المتطبب والمتبسط للضرورة ولهم أشكال واختلاف فيما اذا عني عن سرية الجناية وقد بينا ذلك كله في باب القصاص وقد بينا هناك ان العفو والبراء بمعنى واحد وقد عبر عن البراء بالتصدق في الكتاب المجيد كقوله جل اسمه ( فمن تصدق فهو خير له ) وعبر عن العفو بالتصدق كقوله جل شأنه ( ومن تصدق فهو كفارة له ) والبراء لا يقبل التعليق الا اذا كان مقوما له كما اذا قال اذا كان له عليك دين فقد أبرأتك منه ﴿ قوله ﴾ ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين ﴿ أصل الضمان صحيح كما في التذكرة والتحرير لاننا ان اطلقنا ضمان المجهول فانما هو للفرع ومع بيان الغاية ينتفي الفرع فينتفي المقتضي للفساد فيبقى أصل الصحة سالما عن المعارض لانه حيث وطن نفسه على تلك الغاية لم يبق فرع فتأمل وعلى القول بصحة ضمان المجهول فالوجه واضح وحيث قلنا بالصحة وكان عليه عشرة أو أكثر فيحتمل أن تلزمه العشرة ادخالاً للطرفين كما هو المتعارف يقال أعط من واحد الى عشرة وخذ من واحد الى عشرة وان تلزمه ثمانية اخراجاً للطرفين لان المشهور عند الاصوليين خروج الغاية وخروج الابتداء اذا كان مدخولا لمن وان تلزمه تسعة ادخالاً للطرف الاول لانه مبدأ الالتزام أو اخراجاً له لانه مقرون بمن وادخالاً للطرف الثاني لان الغاية في مثل هذا تدخل عرفاً أما لو قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة فان عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح ضمانه وكان ضماناً لثمانية وان عرف نقصانه ضمن الثمانية فما دون وأما اذا قال ما بين واحد الى عشرة كما قال عليه السلام في النزع ما بين

﴿ المطالب الثاني في الاحكام ﴾ الضمان ناقل وان لم يرض المديون فلو ابرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن ولو ابرأ الضامن برثا معا ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ولومات الاصيل حيثنذ خاصة حجب الحاكم من التركة بقدر الدين ( متن )

الثلاثين الى الاربعين فلا يجوز أن يراد بيمين الوسط فقط لانه لا بد من تقدير معادل على انه لو أريد به ذلك وقلنا ان الاطراف خارجة كان الواحد خارجا قطعاً والطرف الثاني ما فوق الواحد يكون خارجا لانه طرف وداخلا من حيث انه وسط وهو كما ترى فلا بد من أن يراد بيمين الاطراف والوسط فيصير المراد ضمننت ما فوق الواحد منتها الى العشرة فان دخات الغاية كان المضمون تسعة والا فثمانية فتأمل ﴿ المطالب الثاني في الاحكام ﴾ قوله ﴿ الضمان ناقل وان لم يرض المديون ﴾ بدليل اجماع الطائفة كما في الغنية وعند علمائنا اجمع كما في التذكرة وواقفنا من العامة ابن أبي ليلى وابن شبرمه وداود وأبو ثور وقال الشافعي والباقون هو بالخيار في مطالبة أيهما شاء وخبر ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وخبر ضمان أبي قتادة يدلان على ذلك وخبر عطاء عن الباقر عليه السلام صريح في ذلك وقد تقدم ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو ابرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن ﴾ لان الحق سقط عن ذمة الاصيل فلا يصادف الابراء استحقاقا فلا يكون صحيحا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ابرأ الضامن برثا معا ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة لان الضمان عندنا ناقل للدين من ذمة الاصيل الى ذمة الضامن وليس للضامن أن يرجع على المضمون عنه الا بما آداه فاذا سقط الدين عنه لم يؤد شيئا فلم يرجع بشيء فيبرئان معا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل ﴾ هذا هو الموضع المتفق على جوازه كما في المسالك وقد تقدم بيان ذلك وأعادته لينبه على حكم المطالبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء ﴾ لانه اذا ضمن حالا فليس له المطالبة الى أن يؤدي فيها أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ﴾ قد تقدم أن الميت يحمل ماعليه من الديون المؤجلة بموته وهذا من جملة أفرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الأجل حل ماعليه من مال الضمان وأخذ من تركته وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لان المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن لا الذي في ذمته الا أن الضامن لا يستحق الرجوع الا بالاداء ولما كان موته مقتضيا للحلول دينه فاذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الأجل باختياره فان له مطالبة المضمون عنه كما نبه على ذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وصرح به كله في جامع المقاصد والمسالك والوجه في الجميع واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ﴾ أي لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحمل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر كما لا يحمل المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه كما سبق وبذلك صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولومات الاصيل حيثنذ خاصة حجب الحاكم من التركة بقدر الدين ﴾ لو مات المضمون عنه فلا عبرة بموته هنا من جهة الحلول وعدمه والمطالبة وعدمها اذا لم يؤد الضامن وان هناك حكم آخر وهو التحجير على الوارث بقدر

فان تلف فن الوارث كما أن النماء له ثم إن الضامن ان تبرع لم يرجع على المديون وان أذن له في الاداء والا رجح بالأقل من الحق وما أداه وان أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء ( متن )

الدين ومنعه من التصرف فيه حذرا من أن يضيع على الضامن ما يؤديه بعد الحلول فيضعه الحاكم عند ثقة حتى يحل الأجل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فن الوارث كما أن النماء له ﴾ لأن المفروض أن الدين لم يستوعب البركة والا لكان النماء على حكم مال الميت عندنا وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم الضامن ان تبرع لم يرجع على المديون وان أذن له في الاداء ﴾ أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة الى كون الضمان والاداء معا باذن المديون أو أحدهما أو عدم الاذن فيهما أربعة وقد نبه المصنف عليها كلها وذكر هنا قسمين ضمانه بغير اذنه وأداؤه بغير اذنه وضمانه بغير اذنه وأداؤه باذنه والحكم أن لا رجوع له عليه في القسمين عند علمائنا أجمع كما في المسالك والمفاتيح وعند علمائنا كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد وقال في (الغنية) ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بما ضمنه اذا ضمن بغير اذنه ثم ادعى الاجماع عليه وهو باطلاقه يتناول القسمين ونحوه في ذلك الاجماع الظاهر من نهج الحق وفي (الرياض) نفى وجود الخلاف في القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن الاول واستدل عليه في الخلاف وغيره بأنه لو كان الدين باقيا لم تبق فائدة في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة عن الميت من جهة صلوته صلى الله عليه وآله وسلم وحصول التبريد وفك الرهان مضافا الى أصالة البراءة واستدل عليه في السرائر أيضا بأنه قد قضى دين غيره بغير اذنه فلا يرجع عليه وعلى الثاني بأنه التزم وضمن متبرعا وانتقل المال الى ذمته فلا تأثير لاذنه في القضاء عنه لأن ما قضاه بعد الضمان انما هو عن نفسه لا عن غيره لانه واجب عليه دونه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا رجح بالأقل من الحق وما أداه وان أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء ﴾ أي وان لم يتبرع بالضمان بل ضمن بسوءاله وأمره وتحته قسمان يندرجان في العبارة بوضعية قوله وان لم يأذن بقوله والا رجح ( الاول ) أن يؤدى باذنه ( والثاني ) أن يؤدى بغير اذنه وفيها يرجع عليه لكنه انما يرجع بأقل الامرين من الحق المضمون وما أداه أما رجوعه في القسمين ففي الغنية والتذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه ونحوه الاجماع الظاهر من الكفاية حيث نسبه الى الاصحاب وفي (الرياض) نفى الخلاف عن القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن القسم الاول ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد قال قلت لأبي الحسن عليه السلام قول الناس الضامن غارم قال فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال وهو ظاهر في الرجوع محمول على ما اذا كان الضمان باذن المضمون عنه وما رواه الشيخ باسناده عن عمر ابن يزيد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح ورواه الكليني عن عمر ابن يزيد في الموثق ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمن عنه قال ليس له الا الذي صالح عليه وهو ظاهر في الرجوع محمول على الاذن في الضمان مضافا الى ما أرسله في السرائر حيث قال وردت به الاخبار عن الائمة الاطهار صلى الله عليهم آباء الليل وأطراف النهار وقد تأمل المولى الاردبيلي فقال الاذن في الضمان لا يدل على قبول أداء العوض بشيء من الدلالات

والاصل عدمه الا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له أجره عادة ولهذا قال في التذكرة لو قال أعط فلانا ألفاً ففعل لم يرجع وكذا لو قال اعتق عبدك أو أتی متاعك في البحر عند خوف الغرق الا أن يضم اليه ما يدل على قبول العوض مثل قوله عني في الاولين وعلي ضمانه في الثالث ثم قال ولي في اللزوم مع انضمام قوله عني أيضاً تأمل وان قاله الا أن ينضم اليه قرينته ويعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل انتهى وكلامه ناش عن عدم وقوفه الا على اجماع التذكرة وعدم وقوفه على الاخبار المذكورة (ويلعلم) انه لا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه اضمن عني أو أقعد عني أو قال اتقد أو اضمن كما هو صريح التحرير وظاهر الباقيين ويأتي لهم في باب الجمالة فيمن استدعى الرد ولم يبذل أجره ما يشهد للمولى الاردبيلي وأما انه يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون وما أداه فهو الذي صرح به في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وغيرها وهو المشهور كما في المختلف والمفاتيح وقال في (الكفاية) قالوا وبه وردت الاخبار عن الائمة الاظهار صلوات الله عليهم أجمعين كما في السرائر وعد من ذلك خبر عمر بن يزيد وقال ان المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل في قضاء دينه فان لم يكن وكيلاً على الحقيقة فهو كالوكيل فلا يرجع الوكيل على موكله الا بما غرمه وصالح عليه فحسب فأما ان كان زائداً على مقدار الدين فلا يلزمه بغير خلاف وان كان على مذهبن أن المال قد انتقل الى ذمة الضامن الى آخر ما قال وفي (المسالك) الضابط انه يرجع بأقل الأمرين في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه ببراء المضمون له أو غيره خلافاً لبعض العامة وظاهره الاجماع على ذلك ووجهه انه اذا كان الحق اقل فلانه هو الواجب ادائه من غير زيادة فالزيادة تبرع واذا كان ما أداه اقل من الحق فلان الضامن إنما يرجع بعد الاداء فلا يرجع بما لم يوده (ويؤيده) ان الضمان موضوع للارفاق والرجوع باكثر مما دفع مناف له والاصل في ذلك النصوص الناطقة بانه ليس له الا الذي صالح عليه وهي مبنية على انه اقل الأمرين كما هو الغالب والظاهر من المصلحة والا فلو كان ذلك قدر الحق كان اداء للدين ولا يحتاج الى صلح والمخالف انما هو ابو علي فيما حكى عنه من انه أن صالح قبل وجوب الحكم على الضامن بالمال الذي ضمنه لم يكن له الا قيمته أو قدر ما اعطاه وان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع باصل الحق والحكم في كلامه عبارة عن المطالبة والحكم عليه بوجوب الدفع وهو شاذ مخالف للأخبار والأصول مع عدم الدليل على الزائد لاختصاص الفناوى والاجامات والاخبار بما اداه خاصة ولا اجد خلافاً في أنه لو ضمن عشرة فادى خمسة وأبرأه رب المال عن الباقي لم يرجع الا بالخمسة وتسقط الخمسة الاخرى عن الاصيل وظاهر التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قالوا فيهما عندنا ولا في أنه لو أبرأه من الجميع فلا رجوع له بشيء اصلاً ولا في أنه اذا ادى عرضاً رجح بأقل الأمرين من قيمته ومن الحق سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد أو يصلح وقد قرب جماعة منهم المصنف في التذكرة بانه لو ادى الضامن جميع الدين ثم وهبه الدين بعد الدفع اليه كان له الرجوع عليه ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله وأن أبرأ فهو بصيغة المجهول أي أبرأه المضمون له وقوله وان لم يأذن له في الاداء متصل وصلي

ويصح ترامي الضمان ودوره واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه (متن) .

تقوله والارجع بالاقل وما بينهما من قوله ولو أبرأ من الجميع معترض ﴿ قوله ﴾ ويصح ترامي الضمان ﴿ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح والكفاية وجمع البرهان وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب وفي (المسالك) لاشبهة في جوازه ما امكن لاطلاق النص وعدم المانع لتحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويرجع كل ضامن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل اذا ضمن باذنه الى آخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل بالشرط ولا عبرة باذن الاصيل للثاني ومن بعده في الضمان فلا يرجع عليه به اذ لاحق عليه الا أن يقول له اضمن عنه ولك الرجوع علي فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ودوره ﴾ كما في السرائر والتحرير والمختار والحواشي وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والمفاتيح والكفاية وظاهر السرائر وكذا مجمع البرهان الاجماع عليه ما ذكر كأن يضمن الاصيل ضامنه أو ضامن ضامنه وأن تعدد فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان اذا كان الفرع مأذونا اما لو كان الفرع متبرعا ثم ضمنه الاصيل باذنه فانه اذا ادى الاصل رجوع على ضامنه الذي تبرع بالضمان عنه والمخالف الشيخ في المبسوط محتجا باستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا وعدم الفائدة (ورد) بان الاختلاف بالاصلية والفرعية لا يصلح المانعية والفائدة موجودة بان يضمن الحال مؤجلا وبالعكس وبانه لو وجد المضمون له الاصيل الذي صار ضامنا معسرا فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد عرفت الحال فيما اذا ضمن الفرع متبرعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه ﴾ هذا الفرع من متفرعات الكتاب والتذكرة اما صحة اشتراط الاداء من مال بعينه من الضامن والمضمون له فلعوم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنين عند شروطهم وتفاوت الاغراض في اعيان الاموال وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد ولا بد من ان يكون المال المشترط لاداء منه ملكا للضامن ليكون الشرط مقدورا (وقد يقال) انه لا بد من ان يكون غير متبرع بالضمان والالم يتوجه الاشكال وفيه نظر ومنشأ الاشكال في البطلان فيما اذا تلف بغير تفريط الضامن من ان الاداء انما يجب من ذلك المال بالشرط وقد تعذر ولا سبيل الى سقوط الدين فيتعين بطلان الضمان لانحصار الاقسام في ثلاثة وقد بطل الأولان ومن ان الضمان ناقل ولا منافاة بين ثبوته في الذمة واشتراط الاداء من مال بعينه كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد وهو يرجع الى ما في الايضاح من انه ينشأ من ان تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لانه نقل المال من ذمة الى ذمة او كتعلق الجناية بقرعة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة الشرط وقد قويا عدم البطلان وستسمع كلام الشهيد وقرب في التذكرة البطلان وكيف كان ينبغي أن يكون ذلك المال المشترط بقدر الدين فصاعدا فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم ازيد عنه من الدين واحترز بتلفه بغير تفريط عما اذا فرط فانه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به بتفريطه ولما كان مبنى الاشكال على ما ذكره في الايضاح من ان وجه الصحة

وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال (متن)

ان تعلقه كتعلق الرهن ووجه البطلان انه كتعلق الارش كان الشق الاول هو الصحة وبه تشعبارة الكتاب والشق الثاني البطلان فقال المصنف ومع عدمه أي عدم البطلان وهو الصحة يتعلق به تعلق الدين بالرهن ومعناه انا لو قلنا بالاول وهو عدم البطلان بعد فرض تلفه يلزمنا أن نقول انه حين الاشتراط كان تعلقه به تعلق الدين بالرهن فيرجع المضمون له على الضامن وليس كتعلق الارش فكان معنى العبارة منتظماً احسن انتظام وقال أي المصنف وعلى الثاني أي على القول بالبطلان يرجع على المضمون عنه لان الاداء انما يجب من ذلك المال عملاً بالشرط وقد تعذر ولم يسقط الدين فتعين بطلان الضمان ويرجع الحق كما كان وعلى هذا التوجيه الظاهر من العبارة يندفع عنها جميع ما اورده عليها من المفاسد المحقق الثاني في جامع المقاصد قال في قوله ومع عدمه المتبادر عود الضمير في عدمه الى البطلان لقربه لكن الحكم بكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غير منتظم مع ان فيه فساداً آخر وهو انه على تقدير عدم البطلان كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الارش (قلت) ما كنا لتوثر ان يقع مثله من مثله لانك قد عرفت انتظام المعنى والعبارة وقد عرفت أن الرجوع على المضمون عنه انما هو على تقدير البطلان وهو الشق الثاني ثم قال أن اصح الاحتمالين انه كتعلق الدين لان الدين موضعه الذمة والارش ليس ديناً وقال وعلى هذا لا يكون للاشكال وجه بل الوجه الجزم بالعدم وانت خير بان المصنف انما استشكل من جهة الشرط الذي دل على صحته عموم الخبر وتفاوت اغراض الناس فقام احتمال أن التعلق كتعلق الارش ولذلك قرب في التذكرة البطلان والشهيد في حواشيه قال ان منشأ الاشكال الشك في تعلق الضمان بذلك المال في ذمته وكأنه يريد انه تعلق ما في ذمة المضمون عنه بعوض لم يسلم للمضمون له والمفروض أن الضمان باذنه ثم انه في جامع المقاصد فسر قوله وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه بانه على تقدير الصحة وكون التعلق كتعلق الارش برقبة الجاني (واعترضه) بانه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في ذمة المضمون عنه شيء فكيف يعود الى الذمة بالتلف (قلت) انت قد عرفت ان المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال وهو البطلان فلا يبقى للاعتراض وجه  قوله  وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال  ومثل ذلك قال في (التذكرة) وكذا ولده في الايضاح حيث لم يرجح ومعناه انه يرجع المضمون له على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً أي لم يشترط الاداء من مال بعينه ثم مات معسراً وجعل منشأ الاشكال في جامع المقاصد من انه لو لا ذلك لضاع الدين ومن انتقال المال بالضمان الى ذمة الضامن وبرائة المضمون عنه فلا يعود (ورده) باننا نمنع من أن المال ضايع بذلك بل هو باق وان تعذر الاخذ في الدنيا ولو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال اذ لو مات المديون معسراً ضاع الدين ثم قال والحق ان لا وجه لهذا الاشكال عندنا نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلاً فيرجع على المضمون عنه لكن لا يجيء الاشكال على هذا التقدير أيضاً (قلت) كلامه متجه فيما اذا ضمن تبرعاً واما اذا ضمن باذنه فلا يكون احد وجهي الاشكال لزوم ضياع المال بل يكون منشأ الاشكال من ان ضمان الضامن بمنزلة الاداء أو بمنزلة التحمل عنه كما في حواشي الشهيد أو يكون منشأه من انتقال المال الى ذمة الضامن ومن انه تملك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم كما في الايضاح

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجوع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لأنه الذي قضاؤه وللضامن مطالبة الاصيل ان طواب كما أنه يفرضه ان غرم على اشكال وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع ( متن )

وكان الاولى التمييز بغير التملك وان اراد الضامن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجوع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لانه الذي قضاؤه ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة ( وتصور المسئلة ) أن نفرض أن الحق مائة وقيمة المال المشروط في عقد الضمان الاداء منه باعتبار الزمان والمكان مائة ولكنه بيع بتسعين لعدم الراغب وقد صالح الضامن المضمون له بهذه التسعين عن المائة المضمونة كما به عليه الشهيد فهل يرجع الضامن على المضمون عنه بالمائة التي هي قيمة المتعلق أو بالتسعين التي بيع بها خاصة وقد استجوده الشهيد الثاني وقال المحقق الثاني أن الحق بطلان الاول اصلا لكنه فرض المسئلة فيما اذا لم يصلح عن التسعين بالمائة وردده من وجهين ( الاول ) أنه إنما يرجع بما أدى اذا كان قدر الدين أو أقل وليس كذلك هنا ( الثاني ) إنما تمنع انه أدى المال أو قيمته وإنما أدى ما بيع به انتهى فتأمل ثم قال ولو فرض ذلك فيما اذا كان الدين بقدر القيمة فصالح بالقدر الذي بيع به عن ذلك الدين لا يمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلا ضعيفا وأشار بذلك الى ما حكيناه عن الشهيد والتصحيح أولى من الابطال أصلا هذا وقد تقدم أن الزمان والمكان إنما هما باعتبار الطالب ولا تغفل عما تقدم من أنه لو نقص تطرق احتمال عدم لزوم الزائد من الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللضامن مطالبة الاصيل ان طواب كما أنه يفرضه ان غرم على اشكال ﴾ يريد أن المضمون له اذا طالب الضامن فهل للضامن مطالبة المضمون عنه اذا ضمن باذنه اشكال عند المصنف هنا من أنه كما ثبت له استحقاق التبريم اذا غرم فله استحقاق المطالبة اذا طواب ومن أن المطالبة فرع استحقاق المال وهو إنما يستحق بعد الاداء لان المال في ذمة الضامن ولا شيء في ذمة المضمون عنه لكنه بالاداء يحدث الاستحقاق وهو خيرة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والاول خيرة التحرير وكذا المبسوط لانه جوز له المطالبة وان لم يطالبه المضمون له فبالاولى أن يجوزها هنا هذا وقوله على اشكال متعلق بمطالبة وقوله كما أنه يفرضه اذا غرم معترض بينهما وهو دليل أحد طرفي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ﴾ معناه أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالمال المضمون بأن يدفعه اليه ليدفعه الى المضمون له أو يدفعه الاصيل الى المضمون له وهو المراد بالتخليص وهو خيرة القاضي والمختلف وجامع المقاصد مصرحا في الاخير بلفظ القطع الجاري مجرى الاجماع وخيرة المبسوط كما عرفت آنفا ان له ذلك ولم يرجع في التذكرة ( قلت ) اذا قلنا أن ليس له مطالبته فلا ريب أن له أن يقول للمضمون له اما أن تطالبني أو تبرأني وذكر التخليص في هذه دون تلك لا لأنه مختص بهذه بل هو جار في تلك لانك قد عرفت معناه وقد عبر به في المبسوط في المسئلتين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير وفي الاخير وان كان من نيته الرجوع لانه متبرع بفعله وهذا يأخذونه في أبواب الفقه مسلما وما نسبوا الخلاف في ذلك الا لما لك فانه



وان أداءه باذنه بشرط الرجوع رجع ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع ان قال أد ديني أو ما عليّ بخلاف أد ما عليّ من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه أذن له في الاداء لا الصلح ( متن )

جوز الرجوع الا اذا أدى العدو دين عدوه حذرا من التسلط عليه بالمطالبة وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه بخلاف ما لو أجر طعامه المضطر فانه يرجع عليه وان لم يأذن المضطر لانه ليس متبرعا بذلك لانه واجب عليه ( قلت ) يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما اذا التى متاع نفسه في البحر لتخليص غيره من الفرق وهو غير خائف على نفسه كأن كان في سفينة أخرى لا خوف عليها فانهم قالوا في باب الديات لا رجوع له على احد واقصى ما فرقوا به هناك ان المطعم مخلص لا بحاله وملقى المتاع غير دافع لخطر الفرق لانه بمحتمل ان يفرق حينئذ وان لا يفرق وقد اوردنا عليهم هناك ما اذا قطع بنجاتهم وقلنا لعلمهم يلتزمون او يفرقون بالمباشرة في المضطر وعدمها في اصحاب السفينة وتام الكلام قد استوفيناها هناك

﴿ قوله ﴾ - ﴿ وان اداه باذنه بشرط الرجوع رجع ﴾ كما في التذكرة وقال في (التحرير) فان اداه باذنه مع نية الرجوع فانه يرجع ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ﴾ ومثل ذلك قال في التذكرة وأيد الاول في جامع المقاصد بأن الاذن في الاداء اعم من اشتراط الرجوع والعام لا يدل على الفرد المعين باحدى الدلالات الثلاث (ثم قال) ان الحق ان العادة ان كانت مضبوطة في أن من أذن في الاداء يريد به الرجوع ويكتفي بالاذن مطلقا استحق الرجوع والا فلا (قلت) قد يفرق بين ما اذا ابتداء بالسؤال كأن يقول له أد عني ديني وبين أن يقول له أتجب أن أقضي عنك دينك ونحو ذلك ولعل العادة قاضية بالفرق بين هذين وفي (التحرير) انه اذا اداه باذنه فالوجه انه يرجع مع عدم نية الرجوع وامل قضيتها أن الاذن في الاداء يقضي بالرجوع ما لم ينو القاضي التبرع ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع الى أن قال أد ديني أو ما عليّ بخلاف أد ما عليّ من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه أذن له في الاداء لا الصلح ﴾ أي لو صالح المأذون له في أداء دين الأذن المشروط له الرجوع رب الدين على غير جنسه فهناك ثلاثة وجوه (أحدها) ان له الرجوع لان مقصوده براءة ذمته وقد حصل والخصوصيات لا اعتبار بها وذلك اذا كان قد قال له أد ديني أو ما عليّ ولهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص برأ بتخليص ذمته بالصلح عنه لانه هو الذي يقضي به العرف والحاصل ان هذا الصلح قد تضمن شيئين احدهما أداء غير الجنس والثاني براءة ذمته والاذن شامل لهما أما الاول فلان دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه انه أداء ولهذا يحاسب بتيمته وقت الدفع وان كان مثاليا من غير احتياج الى عقد معاوضة فكان عرفيا وشرعيا وأما الثاني فظاهر وقد استوجه هذا الوجه في التحرير وجامع المقاصد وقواه في الايضاح لكن في الاول والاخير انه يرجع بأقل الامرين ولعله مراد الثاني والكتاب وغيره وقال في (التذكرة) ان الرجوع أصح وجوه الشافعية وستسمع عبارة التحرير (الثاني) الفرق بين أن يقتصر على قوله أد ديني أو ما عليّ فيرجع وبين أن يقول أد ما عليّ من الدراهم

ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجوع بالتسعين وكذا لو صولح بمحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجوع بالدين ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالاقرب مطالبة الضامن ( متن )

إذا علق الجار بالأداء فيصير التقدير أد من الدراهم ما علي منها فلا يرجع لأنه خلاف الاذن وإذا خالف الاذن لم يرجع بل هو متبرع وظاهر الكتاب وغيره الجزم به والا فان علق بكائن أو ثابت ان جعلت ماموصولة أو علق بمحذوف على انه مع مجروره حال أو وصف لما كان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال أد ما علي لان الاداء المأمور به مطلق على هذه الوجوه الثلاثة وقد جعله في الايضاح تحقيقاً ولعله ليس من التحقيق في شيء كما ستسمع (الثالث) أن ليس له الرجوع اذا قال أد ما علي لأنه انما أذن له في الاداء دون المصالحة والاداء غير الصالح وغير مستلزم له فلا يستلزم الاذن فيه ومعنى الأداء رد مثله جنسا وقدرا لامتناع الحقيقة لان الذي عليه أمر كلي فيصير الى أقرب المجازات (وفيه) أنا نمنع ان هذا أقرب المجازة لان ارادة براءة الذمة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال بل قد يدعى كونه حقيقة عرفية في ذلك كما في جامع المقاصد مضافا الى مامر والمفروض انه مشروط له الرجوع فكان هذا الوجه ضعيفا جدا ويرشد اليه الاجماع الذي في التذكرة على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان الا أن تقول بالفرق بين الاذن في الضمان والاذن في الاداء وفيه تأمل واضح وقد ذكر في التذكرة الاحتمالات الثلاثة من دون ترجيح وقال في (التحرير) ولو أذن لغيره في قضاء دينه فصالح المأذون على غير جنس الحق فالوجه رجوعه بأقل الامرين فأطلق ولم يفرق بين ذينك اللفظين المذكورين في الاحتمال الثاني وقد جعلناه احتمالا تبعا للتذكرة التي هي الاصل في ذلك والا فظاهر المصنف وغيره الجزم بعدم الرجوع ان علق الجار بالاداء وفيه على بعده وعدم تبادره من هذه اللفظة أنه لا يفيد قاعدة وانما يحكم به مع العلم بالمراد ومع التنازع يرجع فيه الى أمور آخر **﴿ قوله ﴾** ﴿ ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجوع بالتسعين ﴾ كما اذا صالحه المضمون له مراعاة له عن مائة درهم بعبد يساوي تسعين فانه يرجع بالتسعين لأنه لم يفرم سواها ولموثقة عمر ابن يزيد عن رجل ضمن ضمنا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه وقد سمعت حال الخبر فيما غيره ومثله الخبر الآخر والمستفاد منهما انه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدي الى الضامن أكثر مما دفعه الى المضمون له وقد نفى عنه الخلاف ويعضده الاصل وعدم دليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجامعات التي هي العمدة في الباب بما أداه خاصة وخلاف الاسكافي لا يلتفت اليه كما تقدم بيان ذلك كله **﴿ قوله ﴾** ﴿ وكذا لو صولح بمحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجوع بالدين ﴾ لا فرق بين أن يدفع الاقل في القدر والوصف فلو ضمن ألفا صحيحة فدفع ألفا مكسرة ارفاقا به من المضمون له لم يكن له الرجوع بالمكسرة ولا بالصحيحة وانما يرجع بما غرم وبالاقل منه ومن المال ولو انعكس الفرض فضمن ألفا مكسرة فأدى ألفا صحيحة لم يكن له الرجوع بالصحيحة ولا بخفى النكته في بناء الاولين للمجهول والثالث للمعلوم **﴿ قوله ﴾** ﴿ ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالاقرب مطالبة الضامن ﴾

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجوع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر (متن)

هذا كله قد تقدم الكلام فيه مستوفى ما عدا حكم تلفه قبل قبضه فيما صرح فيه بأنه يرجع فيه المضمون له على البائع المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه أشهر ( قلت ) لم نجد فيه مخالفاً ولعله أشار بالاشهر الى ما في التذكرة من قوله ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البيع يفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا يفسخ من حينه فكارد بالعيب وقد أراد بقوله بغير الاستحقاق ظهور الفساد من أصله بسبب فقد شرط من شروط صحته وبقوله فكارد بالعيب ان فيه اشكالا لانه استشكل فيه من قبل هذا بلا فاصلة وفرع هذا عليه وهذا البناء مخالف لما عليه الاصحاب لانهم من غير خلاف بينهم على انه يفسخ من حينه فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما ويكون التلف كاشفاً عنه وعلى أن النماء في البين للمشتري وانما حكى احتمال الفسخ من أصله المصنف في التذكرة وجهاً وعليه يكون النماء للبائع وقال في ( المسالك ) واعلم أن في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله فعلى الاول لا يتناوله الضمان وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وتبعه على هذه الحكاية صاحب الكفاية وانت خبير بأنه في التذكرة ما قال بأنه لا يتناوله الضمان على تقدير البطلان من حينه وانما استشكل كما عرفت الا أن نقول انهما ارادا انه جوزه وانه لبعيد عن كلامهما أو انهما ارادا ما قواه في أول الباب وهذا أيضاً لا وجه له مع تفريع ما نحن فيه على العيب الذي استشكل فيه ثم انه في المسالك ناقش ما في التذكرة قال انا وان حكنا بكونه مبطلاً من أصله امكن هذا حكماً لاحق للضمان فان المبيع حاله كان ما كان للمشتري ظاهراً وفي نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً وانما التلف الطاري كان سبباً في حكم الله تعالى اعود الملك لصاحبه من أصله ( قات ) هذا خلاف الاصحاب بناء على احتمال الفسخ من أصله فاعتراض مولانا المقدس الابرديلي عليه في محله حيث قال الحكم بالبطلان من أصله وكونه ملكاً للمشتري من حين العقد الى زمن التلف مما لا يجتمعان لان معنى كونه ملكاً له الى الآن ان آثار الملكية مترتبة عليه وان النماء له ومعنى البطلان من أصله عدم ترتب تلك الآثار عليه قال والذي نفهمه انه اذا قيل انه يبطل من أصله انما يكون ذلك بأن تكون صحة البيع غير معلومة بل تكون معلقة بالبقاء الى حين القبض فكان البقاء الى القبض شرطاً من شروط الصحة وعده مانعاً أو ان ذلك يكشف عن ذلك قوله ﴿

﴿ ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجوع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر ﴾ أما رجوعه على الضامن بما قابل المستحق فما لا خلاف فيه واما أنه يرجع على البائع خاصة بالآخر فقد يظهر من التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا وهو المشهور كما في الكفاية وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك لعدم تناول الضمان له والمخالف الشيخ في المبسوط فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ( قات ) وهذا يلزم صاحب الايضاح لانه جوز الرجوع على الضامن في الرد بعيب سابق وقد قرره في جامع المقاصد هناك فيلزمه هنا وينبغي أن يستشكل هنا في التذكرة كما استشكل هناك لكنه في المبسوط هناك

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الاصيل لا يلزمه ذلك ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب وفي ضمان البائع ذلك اشكال (متن)

ذكر الاحتمالين من دون ترجيح وقال هنا أن الصحيح ان له الرجوع الا أن يفروا بين الامرين والظاهر انهما من واد واحد لا نجد بينهما فرقاً فان تبعض الصفة الذي هو سبب الفسخ كان موجوداً وقت البيع والمصنف في المختلف رد كلام الشيخ بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر فأمل وينبغي ملاحظة ما تقدم في الرد بالعيب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأن الشفيع انما يأخذ من المشتري فيرجع عليه لا على البائع لأن الثمن الذي تسلمه أخذه بحق ولم يبطل البيع فيه ولا على الضامن لأن الذي ضمن عهده هو الثمن المدفوع للبائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع أو أقرض بشرط رهن أو عين مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الاصيل لا يلزمه ذلك ﴾ أي لا يلزمه تسليم الرهن بناء على ان الشرط في العقد اللازم لا يجب الوفاء به لأنه يقبل اللازم جائزاً (قلت) قد تقدم أنه يلزم ويجب الوفاء به سلمنا لكن الجائز الثابت يصح ضمانه كالثمن في زمن الخيار فالحق في التوجيه كما في جامع المقاصد انه لا يستحق العين وانما يستحق الاستيثاق بها وذلك ليس بما لم يصح ضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب ﴾ كما في المبسوط على ما حكى وستسمع ما وجدناه والشرائع والتحرير والمسالك لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للارش على البائع وانما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان وهو كون الارض مستحقه للغير ومن ثم قال في اللمعة ان الاقوى جوازه وكأنه مال اليه أو قال به في الروضة واحتمله في التحرير على ضعف وهو غير بعيد لما ذكر ولمسيس الحاجة اليه وقضاء الضرورة به مضافاً الى ماسياتي ولم يرجح في التذكرة والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً لو ظهرت الارض مستحقته وقلع المالك غرسه وخرّب بنيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ضمان البائع ذلك اشكال ﴾ اذا قلع المالك غرس المشتري وبنائه في الصورة المذكورة فلا ريب أن له الرجوع على البائع بالارش ضمن ام لم يضمن فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان استشكل المصنف هنا وجزم في المبسوط بعدم الصحة لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب ونحوه ما في التحرير والايضاح والمسالك والروضة من أن الاقوى عدم الصحة وقرب في التذكرة الصحة وقال نمنع كون المضمون غير واجب وفي (الشرائع) ان الوجه الجواز أي الصحة قال لأنه لازم بنفس العقد ولعله أراد أنه اذا كان لازماً له وان لم يضمن كان ضمانه تأكيدياً (وفيه) أنه اذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره وان لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره فما الوجه في تجويزه هذا ومنعه ذلك وضعفه في المسالك والروضة بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جعلها كونه ثابتاً حال الضمان وهو معنى ما قلناه وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته وقد بالغ في المبسوط حيث قال فان شرطاً ذلك في نفس البيع بطل

ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال ( متن )

البيع ولعله لمكان الجهالة قال وكذالو شرطاه في مدة الخيارة لا بعد اقتضائه وهو بناء على قوله بعدم انتقال الملك قبل الخيار وكيف كان فليس الخلاف في ثبوت ذلك على البائع أم لا فانه ثابت بغير أشكال كما في المسالك وإنما الاشكال في ثبوته بسبب الضمان وقد جعل منشأ الاشكال في الايضاح وحواشي الشهيد عن دعاء الضرورة اليه كألق متاعك وعلي ضمانه ومن أنه ضمان ما لم يجب ولم يوجد سببه وأنت خير بأنه لا ضرورة في المقام لمكان الالتزام وإنما يتصور ذلك في الاجنبي وفي ( جامع المقامد ) ان الاشكال ان كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له لان ذلك واجب وان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً لانه ضمان ما لم يجب بعد ( قلت ) لكنهم يقولون قد وجد سببه وهو العقد ودعت الضرورة اليه ويعنون كون المضمون غير واجب كما مر عن التذكر وقد عرفت مختارها ومختار الشرائع وما خالفها فيه أتى فيه بلفظ الاقوى ما عدى المبسوط وقد عرفت الثمرة فلاشكال لعله في محله وكيف كان فالمسئلة غير محررة ولعل مثله ما اذا ضمن البائع درك العيب ( وليعلم ) أن الشيخ في المبسوط إنما تعرض لهذا الفرع خاصة قال اذا ضمن البائع للمشتري قيمة ما يبعده في الارض التي اشتراها من بناء وغرس بالغة ما بلغت لم يصح ذلك لانه ضمان مجبول وضمان ما لم يجب وكلاهما باطلان ولعله أراد بالقيمة الارش ولعلمهم لمكان التلازم بين المسئلتين كما أشرنا اليه آنفاً حكوا عنه عدم الصحة في الاولى أو ان في النسخة التي عندنا سقطاً قوله ﴿ ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال ﴾ ضمان الاثنيين اما أن يقع على التعاقب أو دفعة فان وقع على التعاقب فمن رضي المضمون له أولاً بضمانه انتقل المال الى ذمته وبطل ضمان الآخر سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس أو يقول رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس وأما اذا رضي بضمان كل واحد منهما دفعة كأن يقول رضيت بضمان كل واحد منكما انتقل المال الى ذمة الاول لانه اذا رضي بضمان كل واحد منهما فقد رضي بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يعادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل وأما اذا وقع ضمان الاثنيين دفعة فان وقع رضي المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب كأن يقول رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صح ضمان من رضي بضمانه أولاً لان انتقال المال بالضمان ورضي المالك الى ذمته فلا يعادف الضمان الثاني ذمة مشغولة فيبطل وان وقع الرضا منه دفعة فهناك ثلاثة أقوال وأشكال ( الاول ) قول أبي علي وهو صحة الضمان فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع فان كانا اثنين طالب كل واحد منهما بنصف المال ولو زاد وافيا لحصته بعد اعتبار العدد ( وفيه ) انه خلاف ما أراد الضمانان واقتضاء المقدان فيبطلان الا أن تقول الاصل صحة الضمان ولا أولوية وانتقال المجموع الى كل من الذميتين ممتنع فوجب أن تقول انه انتقل الى كل واحد منهما ما يقتضيه التحاص وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقدين ( الثاني ) التخخير في مطالبه من شاء منهما ومطالبتهما معا ويسمى ضمان الاشتراك والانفراد معا وقد جزموا به في باب الديات فيما اذا قال ألق متاعك وعلي كل واحد منا ضمانه أو قال اني وكلا من الركبان ضامن وهو قول ابن حمزة في المقام قال في ( الوسيلة ) وينقسم الضمان قسمين آخرين ضمان انفراد وضمان اشتراك ف ضمان الانفراد ضمان جماعة

ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تما كست الاصاله والفرعية فيهما ان اجازهما ويتساقطان (متن)

عن واحد ويكون المضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الافراد وعلى الاجتماع وضمان الاشتراك بالعكس من ذلك ولعل حجته التمسك بصحة العقدين فانها الاصل ونقل الفخر والشهد عن المصنف في درسه المبارك الميمون توجيهه بأن مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالغاصب من الغاصب ونظر فيه في جامع المقاصد بأن العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتهما ووجه التنافي أن انتقال المال الى ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل الى ذمة الآخر شيء فيكون ضمانه باطلا لا تنفاه مقتضاه ولا نفي بالبطل الا مالا يترتب عليه أثره وهذا يصلح جوابا عما ذكره المصنف اذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذم متعدد وانما وجب على من جرت يده على المضمون رده على مالكة عملا بعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى فان تعذر وجب البديل للحيلولة وهذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين وثقلها ومعلوم أنه مع بقائها لا تكون في ذمة أحد وانما الذي في الذمة وجوب الرد فظهر أن ليس هناك مال واحد في ذم متعددة ذلك أن تقول اذا تعذر البديل للحيلولة كان المال الواحد في ذم متعددة ولهذا اقره عليه ولده والشهد وظاهر الاول وصريح الثاني الرضا به (وقد أوردنا) عليه لزوم اجتماع اللعل على معلول واحد اذ العلة في براءة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (واجابا) بانها معرفات أي امارات ليست باسباب وبان براءة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت وهي الادانة مع عدم الضمان غيره وانتفاء عدم الكلبي بوجود جزئيات كثيرة جائز ومعناه أن عدم انتفاء الانسان بوجود زيد وبكر وعمر وخالد جائز فتأمل الا ان تقول ان هذا خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنص والأجما فيقتصر عليه من دون تعدد وبذلك يجاب عن الحال في السفينة لتطابق الفتاوى ممن تعرض له والضرورة (الثالث) البطلان للحصر في الامور الثلاثة وقد بطل اثنان فتعين الثالث وفي (المختلف) انه اقوى وفي (جامع المقاصد) انه اصح ومما ذكر يعرف وجه الاشكال فيكون دائرا بين الاقوال الثلاثة فيكون منشاؤه اصاله الصحة ووقوعه من اهله ومن اتحاد الحق ومن عدم الأولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تما كست الاصاله والفرعية فيهما أن اجازهما ويتساقطان ﴾ اذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على كل واحد خمسة وضمن كل منهما ما على صاحبه فلا شك في صحة الضمان كما في المسالك وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة وغيرها وانتقال ما في ذمة كل منهما الى الاخر اذا اجاز المضمون له الضمان لكنه لم يفتد شيئا عندنا في باب المطالبة لانه عندنا ناقل فكانا في الدين والمطالبة كما كانا قبل الضمان اذا وقع ذلك دفعة لكن يصير كل واحد بضمانه فرعا وبمضمونيته اصلا فتعاكس الاصاله والفرعية فيصير كل واحد منهما فرعا بالجهة التي يكون بها الاخر اصلا فيتساقطان بمد اداء الدينين اذا كان ضمانهما بسؤال والمفروض انها متساويان قدرا ووصفا ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل فيقع التهاثر والتعاضد وانما تظهر الفائدة في باب الاصاله والفرعية حيث تما كسا كما اشار اليه المصنف بقوله تما كست الى آخره فانه اذا ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرأ الآخر وانه اذا ادى بعضه وابرأه المضمون له من الباقي لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الا بما اداه وتظهر الفائدة أيضا في انفكك الرهن الذي كان على الدينين أو على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وأن اختلف وصف

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بيمينه وحجر عليه لفلس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء والا طولب من أجيز ضمانه بالجميع خاصة فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين وان أطلق فالوجه التسييط (متن)

الدينين بالقلّة والكثرة والحلول والتأجيل ووصف الضمان بالتبرع وعدمه ظهرت فوائد آخر مضافا الى ماسياتي في كلام المصنف وقد تضمن جميع ذلك مجموع كلامهم وقوله في الشرائع ولو أبرأ الغريم احدهما برأ مما ضمنه دون شريكه ليس فيه مخالفة لما قلناه اذ معناه أن شريكه لا يبرأ مما ضمنه لسكنه يبرأ مما كان عليه ولا يخفى أن ذلك انما هو اذا كان الضمان دفعة واجاز صاحب الدين فان وقع على التعاقب كان الجميع على الأخير ولورد احدهما طولب من اجيز ضمانه بالجميع كما يأتي في كلام المصنف

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط احدهما الضمان من مال بيمينه وحجر عليه نفس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء ﴾ هذا الفرع من متفردات هذا الكتاب وهو مبني على صحة الضمان في مال بيمينه وهو من متفردات المصنف أيضا (وحاصله) أن من فوائد ما اذا ضمن كل من المديونين ما على صاحبه انه لو شرط احدهما في عقد الضمان الاداء من مال بيمينه وكان المال المشروط الاداء منه يفي بذلك الدين اذ لو قصر لكان الضامن بالرائد من جملة الغرماء ثم انه حجر عليه للفلس قبل اداء الدين المضمون فان المضمون له مقدم على الغرماء بدينه لتعلقه بالعين المشروط الاداء منها كما في دين المرتهن فاذا استوفاه من العين استحقه المفلس على المؤسر فيرجع عليه به ولا يتساقطان اذا أدى المؤسر الدين الآخر قبل الحجر لاختلاف الدينين حكما لان المفلس يستحق الجميع والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصة وما يبقى له بعد التحاص غير مستحق الآن فلا يصح التساقط وانما قلنا أن المؤسر أدى الدين قبل الحجر لانه لو كان بعده لآتجه أن يصير الى ما بعد الفك ولا يزاحم الغرماء كمن باع بعد الحجر كما تقدم لان الصامن لا يستحق شيئا على المضمون عنه الا بعد الاداء ولهذا لا يستحق الاخذ قبله وايضا فلا بد من كون الافلاس طارئا بعد الضمان أو كون المضمون له عالما بنقدمه أو رضاه بعد علمه فانه لو لم يكن عالما وفسخ لما علم لم يترتب هذا الحكم كما نص على ذلك كله في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا طولب من اجيز ضمانه بالجميع خاصة ﴾ أي وان لم يجز المضمون له ضمانهما بل اجاز ضمان احدهما كان الدينان مما عليه وطولب بهما ولم يبق له مطالبة الآخر لكن الضامن يرجع على الآخر ان ضمن باذنه والا فلا والوجه في ذلك كله واضح وبه صرح في التذكرة وكذا التحرير وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين ﴾ أي أن دفع من اجيز ضمانه دون صاحبه نصف الدين مثلا وبالجملة بعضا منه اذ الحكم لا يختص بالنصف انصرف المدفوع الى ما قصده الدافع فان قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه وأن قصده عنه رجع عليه فان وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله بيمينه لانه اعرف بقصده وصرفه الى شيء بخصوصه انما يكون به ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان أطلق فالوجه التسييط ﴾ أي دفع نصف الدينين مثلا ولم يقصد عن احدهما ولا عن المجموع فالوجه عند المصنف هنا التسييط أي توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة وهو خيرة المختلف وجامع المقاصد في مثله في باب الرهن والأخير في المقام لانه قد وقع صحيحا وليس احدهما أولى من الآخر وانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين

وينصرف البراء الى ما قصده المبرأ فاذا اطلق فالتقسيط ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد (متن)

أوعن احدهما بعينه أولاً عن احدهما أو عن احدهما لا بعينه والكل باطل لاستحالة الترجيح وملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة ولأنه ان لم يزل عن ذمته شيء منها لزم الحال والا كان هو المقضى عنه ويحتمل صرفه الآن الى من شاء لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه وهو خيرة الايضاح في المقام والشيخ في مثله في باب الرهن (ورد) بان ملك القابض للمقبوض يقضي بانه لا بد أن يقع على شيء (وقد يجاب) بان القابض لا يملكه أو يملكه عما في ذمته واليه التعيين ومثله ما اذا قال زوجتي طالق ولم ينو واحدة منهما فنستخرج اما بالقرعة أو بتعيينه وما اذا كان له مالان غائب وحاضر ودفعت الزكوة من دون تعيين وما اذا اعتق عبداً عن كفارته وكان عليه كفارتان الى غير ذلك من النظائر ولم يرجح المصنف في مثله في باب الرهن في الكتاب والتحرير ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد ولا المصنف في التذكرة في مثله في المقام في الدروس (١) ﴿ قوله ﴾ وينصرف البراء الى ما قصده المبرأ فان اطلق فالتقسيط أي اذا أبرأ المضمون له الضامن عن بعض الدينين فان عينه من واحد منهما أو من كل منهما فلا كلام وأن اطلق البراء وعراه عن القصد الى شيء مخصوص من واحد منهما أو من كل منهما بالنسبة للحكم عند المصنف التقسيط المذكور في ما تقدم لعين ما تقدم ﴿ قوله ﴾ ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد هذه عين عبارة التذكرة ومعناها انه لو ادعى الاصيل أي المضمون عنه على الضامن أن المضمون له قصده في اطلاق عند البراء وأنه قد برأ بذلك ففي توجه اليمين على المبرأ أو الضامن اشكال ينشأ في الاول من انه منكر والدعوى على قصده فيحلف ومن أن حلفه لا يثبت مال الغير لا غير لانه لو حلف لم يدفع بها شيئاً عن نفسه ولا يثبت بها لها شيئاً نعم أن اثره فانما يؤثر في رجوع الضامن على المضمون عنه بما يؤدي وينشأ في الثاني من أن الغريم في الحقيقة انما هو الضامن لانه لو اعترف بما ادعى المضمون عنه لم يرجع عليه فيكلف باليمين فله يخاف فيعترف ومن انه حلف على قصد المبرأ وهو امر يخفى على غيره فلا يحلف الضامن على قصده وهذا ايضاح مافي الايضاح لانه فرض المسئلة فيما اذا اطلق المبرأ وادعى المضمون عنه انه قصده فاحتمل توجه اليمين على المبرأ ثم صحح العدم لانه حلف لا يثبت حق الغير ثم احتمل عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرأ فصار الحاصل انه يحتمل حلف كل من المبرأ والضامن لكن الراجح عنده عدم حلفها ولما كان ذلك كذلك صح له أن يقول فيقسط ومعناه انه لما لم يتوجه الحلف على المبرأ ولا على الضامن رجعنا الى الاطلاق وحكمة التقسيط فما ادعاه عليه المحقق الثاني من جملة الشق الثاني من شقي الاشكال غير جيد وقال ان الاشكال ينشأ من أن اليمين من المبرأ لا يثبت حق الغير فيمتنع توجهها اليه ومن أن القصد أمر خفي فلا يحلف الضامن على قصد المبرأ بل تنحصر اليمين في جانبه فيلاحظ اذ حاصل الوجه الثاني انحصار اليمين في جانب المبرأ كما صرح هو به وحاصل الأول على الظاهر منه انحصارها في

(١) كذا في ثلاث نسخ والظاهر ان قوله في الدروس بعد قوله ولا الشهيد (محسن)



ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء ولودفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وإن لم يأذن الضامن في الدفع (متن)

جانب الضامن وحاصلها قيام الاحتمالين في كل منهما أي الضامن والمبرأ وهذا ما في الايضاح غير انه لما ترجح عنده عدم حلف كل منهما قال بالتسيط ثم انه قال والذي يقتضيه النظر أن المبرأ أن صرح في عقد الابرأ بعين الدين الذي يبرأ منه بحيث علم الضامن بذلك جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه والا لم يحلف على البت بل على نفي العلم (وفيه) أن الاول خارج عن محل الفرض لان محله ما اذا اطلق واما الحلف على نفي العلم فلا يجدي الضامن بل يضره لانه يرجع جوابه الى اني لا اعلم والمضمون عنه يدعي العلم بان الابرأ إنما هو له فيحلف ويبرأ على قول أو يبرأ من دون حلف على اختلاف الرأيين فما جملة المحقق الثاني مقتضى النظر غير صحيح ولا محروس لعلنا أنه لا يضره وما كان ليكون فاقصى ما هناك أن تقول كما قال هو أنه اذا حلف على نفي العلم انتفى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه فيتمسك باصالة بقاء الدين فيستحق الرجوع عليه اذا أدى ثم انه تأمل فيه من حيث أن عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه واصالة بقاء الدين قد زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين كما زال أصل الطهارة عما اشبه فيه الطاهر بالنجس لان الابرأ ثابت منه مشتبه انتهى وهذا يقتضي بان المسئلة مفروضة فيما اذا قصد أحد الدينين ثم اشبهه وأنت تعلم أن المفروض خلافه والذي يقتضيه النظر في المقام أن يقال انه لو قال المبرأ أبرأت عن الاصل وقال المضمون عنه بل عن الضمان فالقول قول المبرأ من دون يمين وينظر بعد ذلك في دعوى المضمون عنه على الضامن فيحكم بينهما بما تقتضيه القواعد وكذا لو أطلق المبرأ وقال قصدت بالاطلاق الابرأ عن الاصل أو عن الدينين على النسبة والتسيط فالقول قوله أيضا من دون يمين وعلى هذا فلا مجال للقرعة وان قال المحقق الثاني ولا أرى هنا شيئاً أوجه من القرعة ﴿ قوله ﴾ ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء ﴿ قال في (التذكرة) لو تبرع بالضمان ثم سأل ثالثا الضمان عنه فضمن رجع عليه دون الاصيل وان أذن له الاصيل في الضمان والاداء ومعناه انه لو ضمن زيد ما في ذمة عمرو تبرعا ثم سئل زيد بكرا أن يضمن ما ضمنه فضمن وأدى فانه يرجع على زيد ولا يرجع على بكر الذي هو الاصيل وان أذن أي الاصيل للضامن الثاني أعني بكرا في ضمان الضامن المتبرع وفي أداء المسال لان ذمة الاصيل قد برئت بضمن الضامن الاول فلا أثر لادئنه في الضمان ولا في الاداء ﴿ قوله ﴾ ولو دفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وان لم يأذن الضامن في الدفع ﴿ كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ومعناه انه اذا دفع المضمون عنه الدين الى الضامن أو المستحق فقد برأت ذمته لانه اذا دفع الى الضامن وكان الضامن قد أدى قام هذا المدفوع مقام ما أداه كما هو واضح وان كان لم يؤد فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه وليس له التصرف فيه نعم له دفعه في الدين تبعا للاذن فان أدى منه فواضح وان أدى من غيره قام هذا مقام المدفوع وعدم استحقاقه عليه شيأ الا بعد الاداء لا يمنع من دفعه اليه لجهة ذلك الدين وان أبرأ من الدين أو بعضه وجب عليه رده أو رد بعض ما قابله ويبقى الكلام فيما اذا تلف في يده بغير تفریط ولعل الظاهر انه كالمقبوض بالسوم على تأمل ولا اشكال فيما اذا قال له اقض به ما ضمننت عني

وعلى الضامن البينة بالاذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالبينة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا بيينة (متن) .

فانه حينئذ وكيل والمال أمانة وأما براءتها بدفعه الى المستحق فلان الضامن لا يرجع عليه حينئذ بشيء لانه لم يؤد عنه شيأ أقصى ما هناك أن الاصيل قد تبرع بأداء الدين الذي لزم الضامن بالضمان وهذا لا يمنع من براءة ذمته ﴿ قوله ﴾ وعلى الضامن البينة بالاذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ﴿ كما في التذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ضمن فأنكر الاصيل الاذن في الضمان فاقول قوله مع اليمين وعلى الضامن البينة بالاذن وكذا لو أنكر الاصيل الدين الذي ضمنه الضامن فان عليه البينة بالاذن أيضا في ضمان الدين وليس البينة بنبوت الدين ولزومه انه مدع على كل واحد من التقديرين والاصل عدم الاذن في الاول والاصل براءة الذمة من الدين وعدم الاذن في الثاني وقد يطى كلام المحقق الثاني أن عليه البينة بنبوت الدين لانه قال لانه مدع على كل واحد من التقديرين واستحقاقه الرجوع مشروط بكل من الامرين ومراده بالامرين الاذن والدين ﴿ قوله ﴾ ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالبينة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا بيينة ﴿ هذه عين عبارة التذكرة وقد فهم منها في جامع المقاصد خلاف المراد فأورد ما أورد واحتمل ما احتمل ومعناها أن الضامن يزعم المستحق لو أنكر كونه ضامنا فأقام المستحق للدين وهو المضمون له البينة بكونه ضامنا واستوفى ما شهدت البينة بضمانه له لم يرجع على الدين الذي في ذمة الاصيل مقاصة للمستحق صاحب الدين لان كان ظلما له ان كان الضامن قد أنكر الدين أو أنكر الاذن في الضمان والاداء لانه اذا أنكر الدين امتنع استحقاقه مقاصة صاحب الدين مما في ذمة الاصيل وكذا ان أنكر اذن الاصيل في الضمان أو الاداء لانه ليس له عليه حينئذ وجه شرعي والا ينكر الدين والاذن كأن يقول له أنت أذنت لي في وفاء دينك وشرطت لي الرجوع وهذا توهم وأخذني بالضمان وبينته توهمت فشهدت له بذلك فأنت يجب عليك لمكان اذنتك وشرطك أن تعطيني ما في ذمتك له اقتصاصا لانه ظلمي وأخذني بالضمان وقد حصل وفاء دينك على شرطه وها هو ذا قد أعرض عما في ذمتك لمكان ما أخذته مني بزعمه اني ضامن له فان أنكر الاصيل الاذن في الاداء وقال انما ظلمك وسكت عما له في ذمتي اما اعراضا بالكلية أو الى مدة أو نحو ذلك ولا بيينة للضامن عليه بذلك أي الاذن والشرط واستحلفه فخلف فانه لا يتوجه له عليه الرجوع مقاصة بوجه من الوجوه وترك المصنف ما اذا أنكر الاصيل الدين لوضوح حاله وهذا معنى صحيح لاغبار عليه والمحقق الثاني فرض المسئلة فيما اذا أنكر الضامن في نفس كونه ضامنا ووجه عدم رجوعه على الاصيل بأنه بانكاره الضمان مقرر بأنه لا يستحق في ذمة المضمون عنه شيأ قال اذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير انما هو الضمان وقد فناه ولا تنفعه البينة لانه مكذب لها بنفي الضمان واقتضاء نفيه كونه مظلوما في المطالبة والأخذ قال ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا أي مع انكاره الضمان أو ينكر الاذن فيه من المضمون عنه وعدمه كما هو ظاهر فلا يظهر الوجه في اشتراط المصنف لعدم الرجوع على الاصيل أحد الامرين وكذا قوله والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاذن ولا بيينة اذ المعنى وان لم ينكر واحدا من

ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم أنكاره فإن شهد الاصيل ولا تهمة قبلت ( متن )

الامر ينرجع على المضمون عنه اقتصاصا أي باطنا على ما فسرهم بعضهم ولا يستقيم غيره على فرض المسئلة في الضمان أي لا في الاذن في الاداء الا أن ينكر الاصيل الاذن في الضمان ولا بينة هذا وجه عدم ظهور وجهه لانه اذا كان رجوعه اقتصاصا وقع الضمان في نفس الامر هذا كلامه ثم انه احتل تنزيل العبارة على وجه بارد بعيد ثم انه قال يمكن أن يقال انه اذا كان ضامنا في نفس الامر بسؤال لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد انكار الضمان اذا أدى الدين الى المستحق بالبينة لان لاستحقاق الرجوع طريقين ( أحدهما ) الضمان بسؤال اذا أدى الضامن ( والثاني ) أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع اذا اتفق الاستحقاق لانكار أحدهما لم ينتف مطلقا اذ لا يلزم من نفي الاخص نفي الاعم كما هو ظاهر فيرجع اقتصاصا الى أخذ الحق الذي يستحقه في نفس الامر بشروط ( الاول ) أن لا ينكر الضامن أصل الدين فانه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضا ( الثاني ) أن لا ينكر الاذن فان أنكره فكالاول ( الثالث ) أن لا ينكر المضمون عنه الاذن أو تثبت بحجة شرعية فان انتفت امتنع الرجوع أيضا وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنا كما قيل بل يرجع على هذا التقدير ظاهرا وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور أن يقول المضمون عنه اني أديت دينك على وجه يلزمك الاداء الي وقيم عليه البينة بالاذن ان كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لان التوصل الى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز ثم قال فان قيل هل يسوغ أن تشهد البينة بالاذن على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه مع العلم بأن طريق الاستحقاق انما هو الضمان بسؤال وقد امتنع بانكاره قلنا لا محذور اذا كان مطابق الواقع أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين الظاهر نعم حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم انتهى وأنت خير بأنه اذا كان ضامنا في نفس الامر ومثني الواقع يبعد تصوير الشروط الثلاثة واذ عسى يجدي انكار المضمون عنه الاذن في رفع الاقتصاص منه باطنا بعد علم الضامن بالدين والاذن في الضمان والاداء وشرط الرجوع ان هو الا مديون جاحد الا أن يفرض نسيانه ولهذا جعل لمطالبته ما سمعته من الطريق وأنت اذا حملت العبارة على ما ذكرناه خلصت من هذه التكلفات وما ذكرنا قد نبه عليه الشهيد في حواشيه على قوله والا رجع بقوله لان المضمون له ظلمه فيرجع على ما له الموجود في ذمة الاصيل لوجوه لا تخفى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره ﴾ كما في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه ووجهه واضح لانه منكر فالقول قوله مع يمينه ومعناه أنه لو أنكر المستحق وصول الحق اليه من الضامن الذي ضمن بسؤال المضمون عنه قدم انكاره وقيد بذلك أي السؤال لانه لو كان تبرعا لم تطرق الى المضمون عنه تهمة لبراءة ذمته فهو كالتهميد لما قبله والا فلا فرق في تقديم قول المستحق بين ضمانه بسؤاله وعدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شهد الاصيل ولا تهمة قبلت ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والحواشي واللمعة وجامع المقاصد لانه ان كان أمرا بالضمان فشهادته شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع وشهادته لغيره فتسمع وأما اذا كان متبرعا فوجهه واضح لانه أجنبي لبراءته من الدين أدى أم لم يؤد والتهمة تتحقق بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يفرضه

ومعها يفرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق ( متن )

لو لم يثبت الاداء فترد وقد ذكروا أن من صور التهمة أن يكون معسرا ولو لم يعلم المضمون له باعساره فان له فسخ الضمان حينئذ ويرجع على المضمون عنه فشهادة الاصيل تدفع عنه عود الحق الى ذمته ( ومنها ) أن يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك المصالح به فيقل ما يؤديه عن اصل الحق لو ثبت الاداء على هذا الوجه وقال جماعة في هذا نظر اذ يكفي لعدم وجوب الزائد اقرار الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت ظاهرا فتدفع التهمة فتقبل الشهادة ( ومنها ) أن يكون قد تجدد الحجر عليه للفلس والمضمون عنه احد غرمائه فانه بثبوت الاداء ثقل الغرماء فيزداد ما يضرب به وقال جماعة لا فرق في هذه الصورة والاولى بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المدينين على التقديرين ومع الافلاس ظاهر ( قلت ) ليس فيه من الظهور شي لان توفير مال المفلس بشهادته وازدياد ما يضرب به انما يتحقق وينفعه اذا تبرع الضامن اما في حال السؤال فان شهادته تضربه كما اذا كان له على الضامن مائة ولزيد مائة والمال المضمون خمسون ومال المفلس خمسون فانه لو قبلت شهادته صار مال المفلس مائة وليس للمضمون عنه الا الخمسون التي في ذمته واما اذا ردت شهادته فانه يبقى للمضمون عنه خمسة عشر لانا اذا وزعنا مال المفلس وهو الخمسون على مائة المضمون عنه ومائة زيد والخمسين المضمونة يصير لكل خمسين عشرة فاذا لم تقبل شهادته يكون له عشرون والمضمون له عشرة ولزيد عشرون فاذا استرد زيد من المضمون عنه نصف ما أخذ المضمون له بقي للمضمون له خمسة عشر واذا قبلت شهادته لم يبق له شي وقد حكى الشهيد عن الفخر أن شهادة المضمون عنه بالضمان ترد اجماعا وبالاداء أن اثرت في البرائة فكالضمان على التأمل عندهم انتهى ﴿ قوله ﴾

﴿ ومعها يفرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه مع التهمة يفرم الضامن ثانيا لا تتفاء ثبوت الاداء وانما يرجع على الاصيل بالاول بشرط أن لا يزيد على الدين لانه قد علم انه لا يستحق الرجوع بالزائد ووجهه انه هو الذي وقع به الاداء باعترافه والثاني ظلم وان كان بقدر الدين وهذا القيد مراد في عبارة من تركه كالحق والمصنف في غير الكتاب وغيرها وكذلك لوردت شهادته لعدم عدالته ومثله ما لو صدقه ولم يشهد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه لو انكر المستحق الدفع اليه ولم يشهد المضمون عنه وحلف المضمون له وغرم الضامن ثانيا فانه يرجع على المضمون عنه بالاقل من الثلاثة المذكورة لانه اذا كان ما دفعه أو لا اقل قد اعترف الضامن بانه لا يستحق غيره لانه يزعم انه مظلوم في الاخذ منه ثانيا فالاداء الصحيح عنده هو الاول فيؤخذ به واما اذا كان الثاني اقل فلان الاداء الاول الذي يدعيه لم يثبت والثابت ظاهرا هو الثاني واما اذا كان الحق اقل منهما فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق وفي ( الشرائع ) وغيرها انه لو لم يشهد رجع الضامن بما اداه اخيرا ولا بد من تقييده بما اذا لم يزد على ما ادعى دفعه أولا ولا على الحق والا رجح بالاقل من الثلاثة كما في الكتاب وقول المصنف وغيره ولو لم يشهد الى آخره لا بد من تقييده بعدم اعترافه بالاول ولو جعل مناط

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك  
الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وان  
صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الاصيل والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما آذن  
فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق (متن)

الحكم عدم تصديقه كما في اللمعة لكان اجود لتناول عدم الشهادة وغيره - قوله ﴿ ولو ادعى  
القضاء المأذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من  
حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وأن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع  
به الاصيل ﴾ وبمثل ذلك عبر في التحرير وفي (الايضاح والحواشي وجامع المقاصد) في باب الرهن أنه لو  
ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن ولو لا ذلك لأدى الى عدم قبول الوكالة  
فيفضي الى الضرر والمصنف هناك يستفاد منه الاشكال وقال في باب الوكالة لو كان وكيلاً في قضاء  
الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال وفي (وكالة المبسوط والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد) أن  
الاصح الضمان الا أن يؤد بحضرة الموكل وهو خيرة التذكرة في المقام في أول كلامه ثم عد الى عبارة  
الكتاب ومعناها أنه لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فانكر المستحق أي صاحب الدين  
فان كان ذلك في غيبته فهو مقصر في ترك الاشهاد اذ كان من الحق الواجب عليه الاحتياط للآذن في  
انسقاط حق الغير عنه ظاهراً وباطناً وتمهيد طريق الاثبات بالاشهاد ليقطع عنه الدعوى فحيث ترك  
الاشهاد صار كأنه لم يقض فلا يستحق رجوعاً ان كذبه وان صدقه احتمل ذلك يعني عدم الرجوع  
لانه مقصر بترك الاشهاد ولانه كمن لم يقض حيث لم ينتفع به الاصيل أي المدين الآذن مجازاً اذ  
ليس ها ضمان فيكون مضمون عنه أصيل وقال في (جامع المقاصد) في توجيه المقام أن اطلاق الآذن  
لما حمل على القضاء الذي لا يبقى معه دعوى الدين ثانياً بحسب الامكان وذلك بالاشهاد كان قضاؤه  
بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعاً قال وهذا التوجيه لا يفترق فيه الحال بين تصديق الآذن  
في الدفع وتكذيبه فلم يبق لقول المصنف أن كذبه وجه ولم يحسن قوله وان صدقه الى آخره لانه يداخ  
التعليل المذكور وكان الاولى في العبارة أن يقول فانكر المستحق فان كذبه ولا طريق للاثبات لم  
يرجع قطعاً وأن صدقه فان كان في غيبة الآذن ففي الرجوع احتمالان ينتان من كونه مقصراً بترك  
الاشهاد اذ كان حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات ولانه كمن لم يقض اذ لم ينتفع به الاصيل وعدمه  
لان المأذون فيه القضاء وقد حصل أنهى ولعل فله التسريف سهى فاتب الرجوع مكان عدمه وبالعكس  
كما هو واضح ثم أن قضية التعليل أن لا يكون هناك الاحتمال عدم الرجوع وأراه في بيان الاحتمال  
الاول رجع الى التعليل الاول فلم يكن حينئذ الاول اولي فليتأمل ويأتي في الوديعة ماله نفع تام في  
المقام - قوله ﴿ والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما آذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون  
بظلم المستحق ﴾ هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله احتمل ذلك وقد قواه في اول كلامه في التذكرة  
في المقام ثم حكى عن الشافعية وجهين (احدهما) عدم الرجوع ونفى عنه البأس وفي باب الوكالة جزم  
بعدم الرجوع وقد وجه المصنف الرجوع هنا بأنه قد اعترف وصدق ببراءة ذمته باطناً وانه قد فعل  
ما آذن له فيه فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق وطلبه ثانياً وفي (جامع المقاصد)

وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كالبينة حلف الاصيل فلعله ينكل فيحلف ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من البينة وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل ( متن )

ان ضعفه ظاهر لان اعترافه انما هو ببراءة ذمته باطا فقط ففي كونه فعل ما أذن له فيه منع وقد سبق سنده ﴿ قوله ﴾ وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كالبينة حلف الاصيل فلعله ينكل فيحلف ﴿ هذا ذكره في التذكرة من فروع العامة فرعوه على الفول بأنه اذا صدقه لا يرجع عليه قال في ( التذكرة ) حاكيا عنهم وعلى هذا القول لو كذبه الاصيل هل يحلف قال بعض الشافعية يبنى على أنه ان صدقه هل يرجع عليه أم لا ان قلنا نعم حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا لا يرجع يبنى على أن النكول ورد اليمين كالاقرار أو كالبينة ان قلنا بالاول لم يحلفه لان غايته أن ينكل فيحلف الضامن ويكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع وان قلنا بالثاني حلفه طمعا في أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو اقام البينة وانت خبير بان هذا التفرع على خصوص القول بالتصديق غير واضح وأن دعواه الاداء باذنه على القول بان الاسهاد واجب لاتسمع ولا تستحق جوابا بانكار ولا اقرار لانها غير محرره وما هي الا كما اذا ادعى عليه وهبه ولم يذكر الاقباض نعم أن قال أدبت باذنتك واشهدت وانت تعلم ذلك واجاب الاصيل أي الآذن بالانكار توجهت عليه اليمين على نفي العلم لان المدعي به فعل الغير وسمى المأذون ضامنا مجازا كما سمي الآذن اصيلا ثم ان المفروض في كلامهم انه ادعى الاداء بدون اشهاد وحينئذ يكون مقصرا وفعل فعلا غير مأذون فيه فلا ريب في انه لا يرجع حينئذ سواء اقر المأذون أو اثبت ذلك بالبينة أو اليمين المردودة وأن قلنا بانه غير مقصر وانه يستحق الرجوع بهذا الاداء كان له الرجوع بتصديقه وباليمين المردودة سواء كانت كالبينة أو كالاقرار وان فرضت المسئلة انه ادعى الاداء باشهاد فلا شبهة في ثبوت ذلك باليمين المردودة سواء كانت كالبينة أو الاقرار فلا وجه لما ذكره وكان الاولى بالمصنف أن لا يذكره وأن كان لا بأس بذكره في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من البينة ﴾ التي يمكن ظهور فسقها أو توهمها وهذا أظهر وجهي الشافعية كما في التذكرة لان المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل على أقوى وجه ومنع في جامع المقاصد من كون المطلوب بالقضاء ذلك وإنما يراد به براءة الذمة ظاهرا وباطنا ( قلت ) لعل المراد بسقوط استحقاق المطالبة ظاهرا وباطنا وانهم يدعون أنه باقراره واعترافه وتسليطه المأذون عليه سقط حقه عنه باطنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل ﴾ أي واحتمل عدم الرجوع لما ذكر ونظر فيه صاحب جامع المقاصد بان اثبات ذلك بقوله انما هو من جهة سقوط المطالبة لا من حيث كونه حجة عليه قال والاصح عدم







ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين وفي رجل واحد ليحلف معه نظرولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ولو ادعاه ( متن )

الرجوع لعدم تحقق ما يقتضي الرجوع وهو آلاء المأذون وقرار المستحق لا يحقته لا يمكن كذبه وجواز المواطاة بين المستحق والضامن بالصبر عليه الى مدة وأخذه من المدين ( قلت ) قد يكون صادقا ومنه حينئذ من الرجوع اضارابه وتكليفه حينئذ الدفع للمستحق مرة ثانية بحضوره أو بشاهدين أشد ضررا فليصدق للضرر والضرورة اذ لا يعرف ذلك الا من جهتها كما هو الشأن في أمثال ذلك

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ﴾ هذا قسم قوله أولا فان كان في غيبة الآذن وعن بعض الشافعية انه يضمن كما لو ترك الاشهاد في غيبته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك والاقرب انه ليس بمفرط لان البحث عن البواطن الى الحكم دون غيرهم والذي عليه أن يشهد شاهدين لا يعرف فسقهما وكونهما عدلين في نظر الشرع حين الاشهاد وقد فعل فالشأن فيهما كما لو فسقا بعد الاشهاد والاداء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي رجل واحد ليحلف معه نظر ﴾ أي في كونه مفراطا لو أشهد رجلا واحدا عدلا ليحلف معه عند الحاجة الى اثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ من تمهيد طريق الاثبات بذلك فان الدفع يثبت بالشاهد واليمين وهو الذي استوجهه في التذكرة ولا ترجيح في المبسوط والايضاح ومن أنه لم يشهد اشهادا مثبتا لان الدفع لا يثبت بشاهد واحد ولانها قد يترافعان الى حنفي لا يقضي بالشاهد واليمين فكان ذلك ضربا من التقصير ( قلت ) لا يخفى ما في هذين الوجهين لان الواجب هو تمهيد طريق الاثبات وهو حاصل بهذا ولا حاجة بالشيعي الى الحنفي ثم ان الغرض من الاشهاد انما هو صحة الرجوع ودفع المطالبة قال في ( التذكرة ) كل موضع قلنا فيه بأن المأذون له في الاداء أو الضامن يرجع على الآذن والمضمون عنه بما غرم فانما هو مفروض فيما اذا أشهد المؤدي أو الضامن على الاداء شهادة يثبت بهذا الحكم سواء استشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أشهد واحدا اعتمادا على أن يحلف معه ( قلت ) فاذا أتى شاهده الثقة وشهد له عند الحاكم وحلف معه ثبت له الرجوع واندفعت عن الاصيل المطالبة بحكم الحاكم وتسجيله فقوله في جامع المقاصد يرد عليه انه لو أمكنه الاثبات باليمين المردودة لم يعد مقصرا مردود بأن رد اليمين الى المستحق لاله فلا اختيار له في ذلك الا أن تقول ليس المدار على ما ذكره في التذكرة وانما المدار على العلم باذن الآذن في قضاء الدين والاستقلال باثباته وعلى استقلال المضمون عنه باثبات الدفع الى المستحق ولا يتأتى ذلك الا بالبينة العادلة التي يستقل الآذن والمضمون عنه باثبات الدفع بها ولا استقلال لها بالشاهد ويمين الدافع المأذون أو الضامن واحتمال غيبتها أو موتها لا يدفع ذلك لانه انما يخاطب بمقدوره

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ﴾ لعدم التفريط لاعترافه بأن الضامن أتى بما عاينه والموت والغيبة ليسا اليه وقد نص عليه في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد فلو حلف المستحق بعد غيبتهم أو موتهم ورجع على المأذون رجعا على الآذن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعاه

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضا أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول  
بإصالة براءة ذمته ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾ وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى  
أخرى وشروطها ثلاثة رضاء الثلاثة (متن)

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضا أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول بإصالة براءة  
ذمته ﴿ أي الاصيل عن حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتا وإنما يحدث بالتقضاء المأذون فيه بالاشهاد  
والاصل عدمه الى أن يثبت ويؤيده أيضا أن الاصل عدم موت الشهود أو غيبتهم أو نسيانهم أو  
انكارهم وتكذيبهم فيكون القول قول الاصيل مع يمينه وأصل عدم التقصير كأنه غير أصيل لأنه لم يخل  
بواجب يعاقب عليه وإنما أخل بواجب يرفع الغرامة عنه وهو عدم استحقاق الرجوع نعم قد يمكن أن يراد به  
أن الراجح الغالب من حال العاقل أن يتحرز عن الغرامة نعم قد يعضد هذا الاصل على تقدير اصالته  
ان في ذلك ضررا عليه لو كان صادقا فيصدق كما يصدق الصبي في دعوى البلوغ اذ لا يعرف ذلك  
الا من قبله فتأمل جيدا

### ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾

بفتح الحاء كسحابة وهي مشروعة بالنص واجماع الامة كما في المبسوط والسرائر وليست بيعا ولا  
محمولة عليه عند علماءنا أجمع كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع لتحويل المال من  
ذمة الى أخرى ﴾ كما في الذكرة والتحرير ونحوه ما في الوسيلة والسرائر وقال الشهيد هذا ينتقض  
في طرده بالضمن بالمعنى الاخص والسبب في ذلك أن المصنف لما لم يشترط في الحوالة شغل ذمة المحال  
عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه قال في (المسالك) لكنته وقع فيما هو  
أصعب من ذلك وهو انتقاضه في طرده (قلت) فيه نظر من وجهين (الاول) أنا لانسلم انه أصعب  
بل هو اما مساو أو أسهل أما الاول فلأن التعريف عند المتأخرين لا بد وأن يكون جامعا ما بما مطردا  
منعكسا ولا تفاوت بينهما عندهم وأما الثاني فلأن التعريف بالاعم جائز عند المتقدمين بخلاف الاخص  
فانه غير جائز قولاً واحدا فكان أسهل قطعاً (الثاني) أن المراد ان التحويل والنقل انما هو عن ذمة المحيل  
والمحول والمضمون عنه ليس محيلاً ولا محولاً ولا دور أو يقال التعمد ان كان بالنفس فالكفالة وان كان  
بالمال فان كان العاقد الموجب مشغول الذمة فالحوالة والا فالضمنان فقد اتضح الفرق وبان الامر واعله  
الى ذلك أشار في جامع المقاصد بقوله ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرع لكذا وعرفها في  
الشرائع بأنها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ونحوه ما في اللمعة فخرجت الحوالة  
على البريء مع انه جوزها فيما بعد ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمن أشبه فان رجحان الشبه لا يخرجها  
عن كونها حوالة وأجيب عنه بأنه لعله عرف الحوالة المتفق على صحتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشروطها ثلاثة ﴾  
أي شروط صحتها ثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ رضاء الثلاثة ﴾ أي المحيل والمحتال والمحال عليه أما  
اشتراط رضاء الاولين فقد حكى عليه الاجماع في التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والسكفاية ونفى  
عنه الخلاف في جمع البرهان والرياض وفي (الفتية) الاجماع على الاول ونفى الخلاف عن الثاني الا من  
داود ومراده بين المسلمين وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور كما في المختلف والمهذب البارع

والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه في موضعين منها حيث نسب تارة الى اصحابنا وقال اخرى عندنا ونسبه الى علمائنا في المختلف ونسب الخلاف في كشف الرموز الى التتبي واشترطوا رضاه الى باقي الاصحاب وفي (جمع البرهان) انه لم يظهر فيه خلاف ونقل حكاية الاجماع عليه في جامع المقاصد والمسالك وغيرها عن الشيخ والموجود في الخلاف والمبسوط والغنية والسراير انه يعتبر رضاه لان الاجماع من الامة كما في الاول واجماعنا كما في الثلاثة الاخيرة على انه اذا رضي صحت الحوالة ولم يدل على صحتها مع عدم رضاه دليل انتهى وهذا ليس اجماعا على اشتراط رضاه كما حكوه قطعا وليس فيها جميعها في الباب كلام آخر صريح او ظاهر في ذلك والظاهر ان ذلك منهم اشتباه وقد نسب عدم اشتراط رضاه كاشف الرموز والمقداد الى أبي الصلاح واستشعره في المختلف من كلام المفيد والشيخ في المقنعة والنهاية قالا اذا كان للانسان على غيره مال فأحال به على رجل ملي به قبل الحوالة وأبرأ منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المال المحال به أولم يضمن فان لم يقبل الحوالة الا بعد ضمان المحال عليه ولم يضمن من أحيل عليه ذلك كان له مطالبة المديون ولم تبرأ ذمته بالحوالة وكانها أشارا بضمن المال الى قبول الحوالة والتزامها وانتقال الحق الى ذمته وقد قال في السراير بعد أن حكى ذلك عن الشيخ لأرى لقول الشيخ وحها وأخذ في بيان فساده ويأتي تمام الكلام فيه وعبارة الوسيلة تؤذن بوجود الخلاف حيث قال ورضا المحال عليه على الصحيح وكذلك عدم حكاية الاجماع عليه في الغنية مع حكايته في الاولين وما في المبسوط والغنية والسراير من التصريح بوجود الخلاف فانما أرادوا به الخلاف من العامة وقد مال اليه في المختلف وهو خيرة المقتصر والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومال اليه أو قال به في الرياض بل في التنقيح ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعا وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنيات وقال وان لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالخالف فلا بد من رضاه قطعا ونحو هذا الاخير ما في ايضاح النافع وجامع المقاصد والروضة وغيرها من أنا لو جوزنا الحوالة على البري اعتبر رضاه قطعا ونسب أبو العباس في كتابه الى ابن ادريس الاقتصار على رضا المحيل والمحتال وهو خطأ قطعا واعمل ما نسب الى أبي الصلاح كذلك والحاصل ان الاجماع كاد يكون معلوما ممن تقدم على المختلف وخلاف هؤلاء مسبوق به فلا يؤبه به على انه في المختلف لم يخاف صر بما قيل وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاها لان الحوالة عقد لازم لا يتم الا بايجاب وقبول فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيهما ما يعتد في غيرها من اللفظ العربي والمطابقة وغيرها وأما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما ومتأخرا ومفارا (حجة المشهور) بعد ما عرفت أن الاصل بقاء الحق في ذمة المحيل فيستصحب ويقتصر على المتيقن وان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه تابع لرضاه وانه أحد من تم به الحوالة فاشبهه المحيل والمحتال وان الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة (وقد يجاب) بان الاصل معارض باصل عدم الاشتراط بعد وجود الدليل وهو عموم أوفوا بالعقود واطلاق ما سيأتي من النصوص وانما يمنع أن الحوالة تقتضي النقل بل هي ابقاء لما في ذمة الغير فلا تقتصر عن بيع ما في ذمة الغير ولا يشترط فيه الرضا اجماعا (ومنه يعلم) حال دليل التفاوت في الاقتضاء لانه جار فيه وقد قالوا في الجواب عنه أيضا أن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من

وعلمهم بالقدر ولزوم الدين وكونه صائراً اليه (متن)

مطالبة المستحق أو من نصبه خصوصاً مع اتفاق الحقيين جنساً ووصفاً (وأورد) عليه بأنه قياس للحوالة اللازمة المترتب عليها كثير من الاحكام المخالفة للأصول القطعية على الوكالة الجائزة (واجيب) بأن المراد من تشبيهها بالوكالة ليس الا لدفع دليل الاشتراط اعني اختلاف الناس في سهولة القضاء وصعوبته بناء على أنه لو صلح للاشتراط واثبات المانعية عن الحوالة بدون رضاه لصلح لاثبات المانعية عن الوكالة مع عدم رضاه لجريان دليل المنع عن الحوالة فيها ومثله لا يسمى قياساً بل تنظيراً وهو جائز اجمالاً حيث يحصل دلائل آخر للحكم في المنظر غير نفس القياس كما فيما نحن فيه لان الدليل هو عموم أوفوا بالعقود والاطلاقات الاخر كما أشرنا اليه آنفاً ويدفع ذلك كله بعد الاجماع المحصل السابق على المخالف والمقول في ظاهر كلام جماعة مانطقت به تعريفاتهم وطفحت به عباراتهم من أن الحوالة ناقله للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وانها من أجل ذلك سميت حوالة قال في (التذكرة) الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل الى المحال عليه عند علمائنا أجمع انتهى ونحوه ما في المبسوط والخلاف والسرائر والغنية وغيرها كما سنسمع ذلك كله فكان المحال عليه كالضامن لا بد من رضاه أو كالمستقرض من المحتمل أن قلنا أنها ايفاء والبيع دل عليه الدليل وهو الاجماع الذي حكته والماق الحوالة به قياس وصاحب جامع المقاصد الذي قال انا نمنع انها تقتضي النقل ستأتي له أنه أي النقل هو المشهور وعليه الفتوى ولعله لم يبق بعد اليوم في المسئلة أشكال (وليعلم) أنه استثنى في التذكرة من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء قال فانه لا يعتبر رضا المحيل لانه وفاء دينه بغير اذنه والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتمل أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركني العقد وتبعه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك والروضة (وفيه) أن مثل هذا لا يندرج في الحوالة التي هي من العقود اللازمة لان المتبادر من اطلاقات أخبار الباب غير هذا القسم ولا عموم في العقود التي أمرنا بالوفاء بها الا بالنظر الى العقود المتداولة في زمن الصدور فليلاحظ هذا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلمهم بالقدر ﴾ هذا قد نبه عليه في المبسوط والخلان في أثناء كلام له فيما وبه صرح في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير بل قال في الاخير يجب أن يكون المال معلوماً فلا تصح الحوالة بالمجهول اجمالاً وفي (جمع البرهان) لعله لاخلاف في الاشتراط هنا وفي (جامع المقاصد والكفاية) أن المشهور اشتراط علمهم بالقدر قلت لم نجد المخالف وانما احتملت الصحة مع الجهل في التذكرة والمسالك وجمع البرهان احتمالاً الا أن تقول ان الخلاف يفهم من الوسيلة والغنية وغيرها حيث لم يذكر هذا الشرط فيها مع ذكر غيره من الشروط فتأمل اذ لعل تركهم له لمكان ظهوره كالبلوغ والرشد والوجه في هذا الشرط أنه لو أحاله بما له من الدين ولا يعرف قدره كان فيه من الغرر ما لا يخفى لعدم العلم بالمأخوذ والمعطي فلا يصح وان الحوالة ان كانت اعتباراً فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وان كانت استيفاءً فانما يمكن استيفاء المعلوم ووجه احتمال الصحة أنها كالضمان فيلزم ما تقوم به البيئة وهو انما يتم على الاحتمال الثاني أعني الاستيفاء وحمله على الضمان لا يتجه لانه مبني على الارفاق والمساهمة والغرامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولزوم الدين وكونه صائراً اليه ﴾ يريد أنه يشترط أن يكون المال نائباً للمحتمل في ذمة المحيل لافي ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت بين كونه مستقراً وغيره كالثمن

وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط الزوم وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان (متن)

في مدة الخيار وتكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان يأتي الكلام عليهما في نظيره وبهذا التقرير لا يبقى وجه لقوله في جامع المقاصد في اشتراط هذا الشرط مع القول بأن الحوالة على بريء الذمة جائزة نظر انتهى (وكيف كان) فهذا الشرط قد نبه عليه في المبسوط وصرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والتحرير بل فيه أن شرطها ثبوت الحق في ذمة المحيل فلو أحاله بما يفرضه لم يصح اجماعاً وقد نقل عن بعضهم حكاية الاجماع على هذا الشرط في مجمع البرهان ولعله أراد ما في التحرير وفي (الحدائق) حكاية على البت وهو منه عجيب وفي (الكفاية) المشهور أنه يشترط أن يكون ثابتاً في الذمة ولعل نسبته الى الشهرة لعدم تعرض جماعة كثيرين له ولعل السر في ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة وفائدة هذا الشرط الاحتراز عما ليس بثابت سواء لم يوجد سببه كما في مثال التحرير أو وجد سببه كمال الجمالة قبل العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجمول له لعدم ثبوته أما احالة المجمول له به على الجاعل لمن له عليه دين فانه جائز بناء على جوازها على البريء ﴿ قوله ﴾ وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط الزوم ﴿ ملاءة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره شرط فلو كان معسرا واحتمال عليه مع جهله باعساره كان له فسخ الحوالة ومطالبة المحيل بالمال سواء شرط اليسار أو أطلق عند علمائنا كما في التذكرة ونسب في السرائر الى أصحابنا اعتبار الملاءة وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره وفي (الخلاف) الاجماع على الاول وفي (الفنية) نفى الخلاف عنه وقال فان رضي المحال بعدم ملاءته جاز وروى في الكافي عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم يرجع عليه قال لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك قال في (التذكرة) وهو نص في الباب ومثله رواية الصدوق عن أبي أيوب الخزاز من دون تفاوت والمراد بقوله عليه السلام الا أن يكون قد أفلس من قبل انه كان مفلسا ولم يعلم بافلاسه ويفهم من الخبرين انه لو كان وقت الحوالة ملياً ثم تجدد له الاعسار فلا خيار و به نطق خبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم تغير حال الصيرفي أبرح على صاحبه اذا احتال ورضي قال لا وتغير الحال كناية عن الافلاس ويأتي الكلام فيما اذا انعكس الفرض المذكور عند تعرض المصنف له ﴿ قوله ﴾ وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان ﴿ عدم الاشتراط خيرة المبسوط في أول الباب وعدة مواضع منه والخلاف والفنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمخالف والايضاح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (السرائر) نفى الخلاف فيه بين أصحابنا وحكى في الرياض عن السرائر الاجماع عليه واجماعها الصريح كاجماع المبسوط ان دلائلنا يدلان باطلاقهما (وحجبتهم) على ذلك أصل الجواز وأصل عدم الاشتراط واطلاقات أخبار الباب وهي الثلاثة التي سميتها آنفاً وفي المسالك تبعاً لجامع المقاصد تبعاً للشهيد في حواشيه من أن مبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض فعلى الاول تصح دون الثاني لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن حق المحتال فهو من تخرجات الشافعية

ولا يجب قبولها وان كانت على ملي فان قبل لزم وليس له الرجوع وان افتقر (متن)

في المسئلة وانما هي أصل برأسه وعقد مفرد كما هو صريح المبسوط والخلاف والسرائر والمختلف وحواشي الكتاب وغيرها وقال في (الخلاف) ان الذي يقتضيه مذهبا أن تقول انها عقد قائم بنفسه انتهى (قلت) اما انها ليست ببيع فلا يطابق أصحابنا على ذلك كما تقدم الا ما يلوح من المبسوط في أثناء كلام له وهو مأول لانه صرح في عدة مواضع بأنها ليست ببيع ولانها لو كانت بيبا لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت في النقود الا مع التقابض في المجلس وأما انها ليست استيفاء فلانها لو كانت استيفاء لتقدر أن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه وليس فيها استيفاء ولا اقراض محقق فلا يقدران ثم انها لو كانت استيفاء لوجب قبولها اذا أحاله على ملي والاجماع على خلافه كما يأتي فلا ريب انها ليست استيفاء وان قواه في التذكرة ونسبه الشهيد الى ظاهر كلام الاصحاب على انه قال في التذكرة في آخر مسألة الاختلاف في أنها استيفاء أو بيع كل هذه الخلافات لا فائدة تحتمها ولا دليل عليها والمخالف فيما نحن فيه الشيخ في المبسوط في آخر الباب وحكاها في الايضاح عن القاضي وابن حمزة ولم نجد ذلك في الوسيلة ولم يحكه والده في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه وكأنه في جامع المقاصد متأمل وليس في محله وفي (المفاتيح) ان الاظهر انه ضمان (قلت) قد قال المحقق والمصنف وغيرهما انه أشبه بالضمان لا بقضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكأن المحال عليه لقبوله ضمان من الدين المحتال على المحيل قال في (المسالك) ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فلحقه أحكامها وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنون وقوله تالحقه أحكامها فيه انه ينبغي على ما سلف له انه لا يعتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الاذن كما في الضمان فليتأمل وليمحظ ما تقدم ويعتبر رضا المحال عليه قطعا كما تقدم قواه ﴿ ولا يجب قبولها وان كانت على ملي ﴾ بلا خلاف الا من داود وقد سمعت الاجماع المحكية على اشتراط رضا أي المحتال مضافا الى الاصل وقد المانع والدليل لان الواجب قبوله أداء الدين وليست أداء وانما هي نقل وأوجب داود القبول لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فيما حكي اذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الارشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضاء حاجة أخيه واجابته الى ما يبتغيه وهذا يرشد الى انها ليست استيفاء والا لوجب القبول الا أن تقول ان وجوب القبول انما هو في الاموال الموجودة في الخارج لا في المساهية الكلية فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبل لزم ﴾ بالنص والاجماع كما تقدم وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف وبلا خلاف الا من زفر كما في الغنية واجماعا الا من زفر كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الرجوع وأن افتقر ﴾ بلا خلاف بيننا وبه نطق خبر عقبه المتقدم ذكره وهو المروي عن علي أمير المؤمنين عليه السلام كما في الخلاف والمخالف ابو حنيفة قال له الرجوع عليه اذا جحدته المحال عليه أو مات مفسدا وحكوا عن عمر انه يرجع عليه اذا افلس وحجر عليه الحاكم وبه قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن ولا فرق عندنا بين اخذ المحتال شيئا من المال وعدمه عملا باطلاق النص والفتوى والاجماع مضافا الى اصالة لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ بل ظاهر المختلف الاجماع صريحا وخالف سلارق قال الحوالة بين ضرين احدهما ان يكون

ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في النسخ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال وهي ناقله فيراً المحيل عن دين المحتال وان لم يبرأ المحتال على رأي ( متن )

قد اخذ المحال له بعضاً والاخر أن يكون لم يأخذ فأن أخذ لا يجوز له الرجوع وأن لم يأخذ يجوز له الرجوع وهو شاذ نادر مرغوب عنه كما في السرائر ولا حجة له الا ان القبول يتم بذلك وهي واهية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في النسخ ﴾ قد تقدم الكلام فيه وبه خبر منصور وابي ايوب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال ﴾ يريد انه لو كان معسراً ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ فهل يزول الخيار اشكال ينشأ من زوال الضرر ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب وهذا هو الاظهر من اطلاق النص والفتوى وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض لان الموجب للرجوع ليس هو الاعسار على الاطلاق ليزول بزواله بل هو الاعسار وقت العقد وهذا لم ينتف ولم يزل فيثبت حكمه وفيه نظر ظاهر لان الاعسار وقت العقد قد انتفى لانقضاء الضرر لانه هو السبب في ذلك قطعاً وليس الاعسار وقت العقد موجبا للخيار من حيث هو اعسار كذلك حتى يكون حكمة بل هو معلل ومنه يعلم قوة ما حققه في الايضاح قال والتحقيق انه يبنى على ان علل الشرع هل هي معرفات أو علل حقيقة وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج ومراده انه اذا استغنى الباقي عن المؤثر أو قلنا العلل معرفات ثبت الخيار وان قلنا انه يحتاج الى المؤثر زال الخيار لزوال العلة وقد عرفت الحال ولم يرجع في التذكرة ولا في الحواشي. وفي الاخير اذا قلنا بالخيار كان على الفور قلت فيه نظر كما في نظائره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي ناقله فيراً المحيل عن دين المحتال وأن لم يبرأ المحتال على رأي ﴾ اما انها ناقله فقد سمعت أن الاجماع محكي على ذلك صريحاً في خمسة مواضع وظاهراً في موضعين وبذلك طفحت عباراتهم من غير خلاف بينهم ولا يستلزمه ما ستمعه وان توهمه صاحب التنقيح كما ستمتع واما انه يبرأ المحيل من دين المحتال وان لم يبرأه فهو الذي تقتضيه عبارة المبسوط والخلاف والغنية بل كاد يكون صريحاً بل نسب ذلك صاحب السرائر الى الخلاف وعبارة المبسوط والغنية كعبارة الخلاف من دون تفاوت قال في (الخلاف) اذا احال رجل على رجل بالحق وقبل الحوالة وصحت فحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه (دليلنا) ان الحوالة مشتقة من التحويل فينبغي أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل فانه قال لا يحوّل الحق عن ذمته وقال ايضاً اذا انتقل الحق بحوالة صحيحة فانه لا يعود عليه سواء بقي المحال عليه على غناه الى آخره فما في المختلف من انه لم يتعرض في الخلاف والمبسوط لذلك لعله لم يصادف محزه وكيف كان فما نحن فيه صريح السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وحواشي الشهيد والمقنن وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك) انه المشهور وزاد الكركي أن عليه الفتوى وفي (الكفاية) انه الاشهر وقضية ما في التذكرة انه مشهور بين المتقدمين فلا تغفل عن هذا والخلاف الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وهو الظاهر من المقننة والمحكي عن ابي علي والقاضي والتقي وكأنه قال به أو مال اليه صاحب التنقيح (حجة المشهور) الاجماع المتقدمة المحكية على انتقال الحق

ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي ( متن )

بمجرد الحوالة مضافاً الى اطلاق النصوص الثلاثة التي سمعتها آنفاً وبمضها صريح في عدم الرجوع بعد الرضا وهو خبر عقبه وعموم الادلة بلزوم الوفاء بالمعقود كتاباً وسنة بناء على أن معنى الحوالة الانتقال من حينها نظر الى مبدأ اشتقاقها فاذا تحققت وجب تحقق المبدأ مع أن الإبراء أن كان قبل الانتقال استلزم بطلان الحوالة اذ ليس له حينئذ شيء في ذمة المحيل وان كان بعدها لزم تحصيل الحاصل لان ذمته برأت بالحوالة فلا حاجة الى ابراء آخر وبعبارة اخرى أن الحوالة تقتضي البراءة والبراءة يقتضي البقاء واسقاط الحق فتكون الحوالة من قبيل الوكالة هذا خلف وهذا كله مبني على الاجماع المحكية على الانتقال بل الاجماع معلوم فكان جميع ما في التنقيح غير صحيح لان الشيخ في النهاية ومن وافقه ما استندوا الى عدم الانتقال ولا نازعوا فيه ولا قالوا أن سقوط الحق عن المحيل لا تقتضيه الحوالة الا على القول بانها عقد معاوضة وانما استندوا الى حسنة زراره عن الباقر عليه السلام بابراهيم وهي مروية ايضاً باسنادين آخرين ضعيفين في الرجل يحيل الرجل بماله كان له على رجل فيقول له الذي احتال برأت من مالي عليك قال اذا ابرأه فليس له أن يرجع عليه وان لم يبرأه فله أن يرجع على الذي احتاله وقد حملت تارة على التهمة من الحسن البصري واخرى على السلب الكلبي والايجاب الجزئي فيكون المراد في الايجاب أن له أن يرجع اليه في بعض الاحيان وهو ما اذا ظهر اعسار المحيل حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله وفيه نظر ظاهر واخرى على أن الإبراء كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برأت من مالي عليك اني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرأت انت فكنتي عن الملزوم بالالزام وهكذا القول في قوله ولو لم يبرأه فله ان يرجع لأن المقدم بدون رضاه غير لازم فله ان يرجع وحملت في التذكرة على ما اذا شرط المحيل البراءة قال فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه ونعم ما قال المقدس الاردبيلي وغيره لما كانت غير صحيحة ومخالفة للاجماع على انها ناقلة ومخالفة للاخبار الاخر الصريحة في عدم الرجوع بعد الرضا كخبر عقبه فلا بد من تأويلها وان بعد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل ﴾ هذا مما يتفرع على قوله ناقلة فهو من تنمة التفريع ووجهه انه متى انتقل الحق من ذمة المحيل عليه صار في ذمته حق المحتال فامتتع بقاؤه على ملك المحيل فيبرأ المحال عليه من دين المحيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي ﴾ قد تقدم الكلام في الاول وأما الثاني وهو الحوالة على من ليس عليه مخالف للحق فانه يتصور على وجهين ( الاول ) أن يكون على المحيل ازيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو بدنانير والحال أنه له على عمر دنانير ( والثاني ) أن يحيله على عمرو الذي ليس له عليه الا الدنانير بدراهم وهذا هو الذي فرضوا النزاع فيه وصحة الحوالة في المثال ونحوه خيرة المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح عملاً باصالة الجواز الناشئة من العموم والاطلاق ونحو ما دل على جوازها على البريء فلي من عليه بالمخالف أولى وضرر التسلسل مدفوع باعتبارنا رضا المحال عليه مطلقاً أو في خصوص ما نحن فيه كما في المختلف فاذا رضي أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع اصلاً والمخالف الشيخ في المبسوط في اول الباب



ويصح تراخي الحوالات ودورها ( متن )

وابن حمزة والسيد حمزة ابن زهره والقاضي فيما حكي عنه فاعتبروا اتفاق الحقيين في الجنس والنوع والصفة وهو ظاهر النافع ونحوه مما عرفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله اذ المخالف ليس مثلاً وقال في (التذكرة) من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين الى آخره وتورد في الشرائع وكذا الكفاية ( حجة الشيخ ) ومن واقفة أن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة أن كانت استيفاءً كان بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم لا الدنانير وأن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أوصفه وإنما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشتراط فيها التحانس والتساوي والقدر والصفة اثلاً يتسلط على المحال بما ليس في ذمته كما ذكر ذلك في التذكرة وغيرها والظاهر أن هذا القول مبني على عدم اعتبار رضا المحال عليه ومنع الحوالة على البريء فاذا اعتبر أو جوز لم يشترط قطعاً لكن المخالفين في المقام يعتبرون الرضا ويجوزون الحوالة على البريء ثم ان ذلك لا يتم مع قلب حق المحتال الى جنس المال المحال به كما في الوجه الاول من وجهي المسئلة فأنهما لو تراضيا على هذا الوجه لم يستوف من المحال عليه غير ما في ذمته فلا محذور هذا وفي الوجه الثاني يبرأ المحيل قطعاً من مال المحال في الحال قاله الشهيد وقال في براءة المحال عليه من مال المحيل في الحال أو بعد الاداء احتمالان البرأة لانه لو بقي له حق لكان له المطالبة به وهو خروج عن معنى الحوالة وعدمها لعدم منافات اداء دينه عنه وبقاء دينه عليه لانه في المثال انما لزم المحال عليه للمحال دراهم لمكان رضاه وبقية الدنانير في ذمته للمحيل وصار له في ذمته أي المحيل دراهم فينتد مع الاداء تحتل المقاصة لانهماض معنى الحوالة وبمحتمل اعتبار التراضي لان لكل منهما على صاحبه حقاً مخالفاً والمعهود في مثله اعتبار التراضي ولكنك قد عرفت أن المفروض ان التراضي حصل سابقاً بين الثلاثة على تحويل الحق الذي في ذمة المحال عليه الى جنس ما في ذمة المحيل فلا حاجة الى تراض جديد عند الاداء والتقابض ويبقى الكلام فيما اذا أطلق ولم يعين أحد الوجهين فيحتمل البطلان لاختلاف الفرض من كل من الصورتين وعدم لفظ يدل على التعمين والصحة وينصرف الاطلاق الى وحبوب دفع الحق المحال به كما في الحواشي قوله ﴿

﴿ ويصح تراخي الحوالات ودورها ﴾ أما صحة تراخيها فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والكفاية والتذكرة والارشاد والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وأما دورها فقد صرح به في السبعة الاخيرة وهي التذكرة وما ذكر بعدها عملاً فيهما بالاصل المستفاد من عموم أوفوا واطلاقات أخبار الباب ولانه كما تصح الحوالة الاولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك ومتى أحال المحال عليه برأ كالاول وهكذا لو تمدد وهو المراد بالتراخي كأن أحال المدينون زيدا على عمرو ثم أحال عمرو زيدا على بكر ثم أحال بكر زيدا على خالد وهكذا ودورها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الاول بأن تكون ذمته مشغولة لمن أحال عليه أو بريئة على المختار وفي الصورتين المحتال متحد وانما تعدد المحيل والمحال عليه وفي (جامع المقاصد) أن التراخي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة وفي (مجمع البرهان) أن التراخي الى غاية فأنامل (وليعلم)

والحوالة بما لا مثل له وبالثلثين في مدة الخيار وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على اشكال ولو أحال المكاتب سيده بثلثين ماباعه جاز (متن)

أنه يصح ترامي الكفالة دون دورها لان حضور المكفول يبطل ما تأخر منها **﴿ قوله ﴾** والحوالة بما لا مثل له **﴿ يشهر بذلك الى خلاف الشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة ولا ثالث لهما فيما أجد فنسبته الى الشيخ وجماعة من جماعة لم تصادف محزها قال في (المبسوط) انما تصح في الاموال ذوات الامثال واستند في عدم جواز الحوالة بالقيمي الى كونه مجهولاً (وفيه) أنه مضبوط بالوصف والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه بالوصف الذي يوصف به السلم فصار الحاصل أنه ان حوله بنفس القيمي كأن يكون قد أسلفه على خمس من الابل وقد أسلف هو آخر على خمس كذلك فحوله عليها أو بنفسه أيضاً بأن يراد الحوالة بقيمته فالحوالة بهما صحيحة فالمانع مقفود وعموم الادلة تشمله والصحة خيرة المبسوط بعد ذلك بأوراق اذا كان معلوماً والخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والتقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض وهو المحكي عن أبي علي (ويبقى الكلام) فيما لا يصح السلم فيه فهل تجوز الحوالة به احتمالان اقر بهما كما في التذكرة الجواز لان الواجب في الذمة حينئذ القيمة فالعين غير ثابتة في الذمة فالحوالة بها حوالة بقيمتها وقد فهم في جامع المقاصد من عبارة الكتاب أنها مبينة على أن الواجب في القيمي مثله ثم ينتقل الى القيمة للتعذر حيث انه لا مثل له وان المصنف أراد ثبوت صحة الحوالة فيه وان قلنا ان الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل الى القيمة لان الوصول الى الحق ممكن بالمثل وبالقيمة فيما لا مثل له ونهى أمكن الوصول الى الحق فلا مانع من صحة الحوالة انتهى وقد عرفت أن الغرض التنبيه على خلاف الشيخ فتجشم ما تجشم فتأمل **﴿ قوله ﴾** وبالثلثين في مدة الخيار **﴿ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه حق ثابت آيل الى الازوم وتزله لا ينافي نقله الى ذمة أخرى ولا استيفاءه والمخالف بعض الشافعية وكلام المبسوط في العبد يعطي المنع وهل يسقط بذلك الخيار وجهان أقواهما السقوط وقوى في التذكرة البقاء واذا انفسخ البيع لفسخ صاحب الخيار ففي بطلان الحوالة وجهان أظهرهما البطلان في بعض الصور كما يأتي **﴿ قوله ﴾** وبمال الكتابة بعد حلول النجم **﴿ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت في ذمة المكاتب فصحة الحوالة به على العبد وفي (المسالك) لا اشكال فيه وخصوص خلاف الشيخ في المبسوط بما قبل الحلول ونحو ذلك مما في الشرائع والشيخ منع من الحوالة به على العبد وأطلق لجواز تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه بالاداء فيكون مخالفا فيما نحن فيه فتأمل **﴿ قوله ﴾** وقبله على اشكال **﴿ ونحوه ما في الشرائع والايضاح من عدم الترجيح والجواز خيرة التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت بعقد لازم ومنع انه يجوز له تعجيز نفسه ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار وقد سمعت أن الشيخ أطلق المنع وتبعه على ذلك القاضي فيما حكي ووجه الاشكال مما ذكر ومما استند اليه الشيخ من أن مال الكتابة ليس بدين ثابت لان للمكاتب اسقاطه بالتعجيز وزيد له امكان موته قبل حلول النجم فيظهر عدم استحقاقه فليتأمل في الوجه الثاني فانه لا يناسب على مختار المصنف **﴿ قوله ﴾** ولو أحال المكاتب سيده بثلثين ماباعه جاز **﴿ معناه كما في جامع المقاصد**********

ولو كان له على أجنبي دين فاحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين ( متن )

انه اذا أحال المكاتب سيده على اسان بمال الكتابة صحت الحوالة وبه صرح في المبسوط وحكى عليه الاحماع في التحرير وظاهر التذكرة حيث قال عندنا وعند كثير من العامة ( قلت ) فيتحرر ويكون ذلك بمنزلة الاداء سواء أدى المحال عليه أو لا حتى لو أفلس به لانه أحاله على مال مستقر وقد قيل فيرأ كما في التذكرة وغيرها ويحتمل أن يكون معنى العبارة أن المكاتب أحال سيده بمن الثوب مثلا الذي باعه السيد للمكاتب كما في السرائع قال فيها ولو باعه السيد سلعة له فأحاله بمنها جاز وخص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشترأ كما في المعنى تبيها على خلاف الشيخ في المبسوط في مسئله البيع حيث انه يمكن فسخ الكتابة بناء على أصله من حوارها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيأ على عده بخلاف ما لو باعه أجنبي وأحاله على المكاتب بمنه فانه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فانه يثبت في ذمته وبه يرتفع التكرار الذي نبه عليه في جامع المقاصد قوله ﴿ ولو كان له على أجنبي دين فاحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه ﴾ هذا صرح به في المبسوط وغيره وقال في ( جامع المقاصد ) قد كان هذا مغنيا عما قبله لان الدين شامل للثمن وغيره ومعنى قوله يجب تسليمه أنه يجب على المديون تسليم ماله للمكاتب عليه أو الى من يرتضيه والشهيد فهم من العبارة أن المولى أحال الاجنبي المديون للمكاتب على المكاتب بمال الكتابة وشرط في الصحة اجارة العبد قوله ﴿ ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه ﴾ كما في المبسوط والسرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية ووجه ظاهر لان الحوالة لما كانت ناقله صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءة ذمته فاذا أداء بعد الحوالة كان كمن أدى دين غيره بغير اذنه فيشترط في جوار رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا وبرأ المحال عليه من الدين ونهوا بذلك على خلاف أبي حنيفة وأصحابه حيث قالوا لا يكون مبرعا ويكون له الرجوع به لان الدين باق في ذمة المحيل من طريق الحكم وان برأ في الظاهر وهو غلط لانه لو كان الحق باقيا في ذمته حكما ملك مطالبته الى غير ذلك من المماسد المخالفة لمراد الباب قوله ﴿ ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين ﴾ كما في السرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية لان الحوالة جائزة على البري فلم تقتضي باطلاقها بوث دين كذلك فالقول قوله مع يمينه عملا بأصل البراءة ولا معارض له الا الظاهر اذ الظاهر أنه لو استتعال ذمته لما أحيل عليه والاضل مقدم على الظاهر وانما يتخلف في مواضع نادرة ولو اشترطا في الحوالة استتعال ذمة المحال عليه تعارض أصل صحة العقد وأصل البراءة وفي ( جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ) انهما يتساقطان ويبقى مع المحال أداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه ولا يمنع وقوع الاذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطان تابعها لا فاقما على الاذن وانما اختلفا في أمر آخر فاذا لم يثبت ما اختلفا يبقى ما اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المقتضي للرجوع ( قلت ) أصل

ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق  
فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ  
فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب  
فانه يرجع بالثمن لا الثوب ( متن )

صحة العقد قد ورد على أصل البراءة فينقطع به اذ المفروض من اتفاقهما على وقوع العقد الجامع للاركان  
كما هو الشأن فيما لو اختلفا في صحة البيع وفساده كما لو ادعى فقد شرط كجهالة الثمن ونحوها فان القول  
قول مدعي الصحة وان كان الاصل بقاء الملك على مالكه والاصل براءة ذمة كل واحد منهما من  
وجوب التسليم فالقول قول المحيل حينئذ كما هو خيرة التذكرة واحتمال اطلاق الحوالة هنا مجازاً على  
غير ذات الشغل لا يمكن الاستناد اليه لما فيه من الفساد في سائر الابواب وبالغ في جامع المقاصد فقال  
سيأتي بيان عدم الاعتداد بأصل الصحة عن قريب يعني في مقابلة أصل البراءة وقد لحظنا ما يأتي  
له فلم نجد له ما يبين منه عدم الاعتداد بهذا الاصل الا ما ذكره في شرح قوله ولو صدقها المحتال  
وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع ليمين وذلك في مقام آخر لا يشبه ما نحن فيه بل كلامه هناك  
يؤيد هذا الاصل ويشيده في مثل ما نحن فيه فليلاحظ ذلك نعم تقدم له في باب الضمان ويأتي له في  
الاجارة أن أصل الصحة في العقود اما يتمسك به بعد استكمال أركانها كما تقدم بيانه مفصلاً وما  
نحن فيه في غير الاركان ثم انا نقول كما سيأتي أن الحوالة اذا طلعت لم يبق الاذن لان بناء البقاء على  
أن الخاص اذا ارتفع يبقى العام ( وفيه ) أن الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم  
بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه ولا كل الوكالة والشركة كما سيأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف  
له وليعلم أن الحال عليه اذا كان بريء الذمة لا يرجع على المحيل الا بعد الاداء لان الحوالة حينئذ في  
معنى الضمان ولهذا عبر في الشرائع وغيرها بالاداء ﴿ قوله ﴾ ولو احتال البائع ثم ردت السلعة  
بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما  
لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل  
كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب ﴿ لا فرق بين الفسخ بخيار  
العيب وغيره من أنواع الخيار والاقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك مما لا يبطل البيع من أصله بل  
من حينه لكن المحقق والمصنف مثلاً بالعيب تبعاً للشيخ في المبسوط والعامية ومعنى العبارة أن زيداً  
باع عبداً مثلاً بمائة درهم لعمره ثم أن عمراً أحال زيداً بمائة على بكر ثم أن عمراً وجد في العبد  
عيباً سابقاً على العقد أو لاحقاً على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان  
فردّه أي رد المشتري العبد بالعيب وفسخ البيع فالشيخ في المبسوط قال بطلت الحوالة لانها تابعة  
لصحة البيع فاذا بطلت الحوالة وفي ( مجمع البرهان ) أنه أي البطلان أقوى واليه يرجع كلام الايضاح  
وجامع المقاصد وكل من قال أن الحوالة استيفاء كما ستعرف والمحقق في الشرائع والمصنف في الارتداد  
تردداً وكذلك التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك حيث لا ترجيح فيها ( وقال فخر الاسلام ) في  
شرح الارشاد أن البطلان أولى ( حجة الشيخ ) ما حكيناه عنه من أنها تابعة للبيع ومتربة على شغل ذمة

فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك والوكالة عقد مخالف للحوالة بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه ( متن )

الدين وقال المقدس الاردبيلي يمكن أن لا يكون للمحيل استحقاق الاخذ من البائع لبطلان الحوالة فيكون المطالب هو المحال عليه وهو غير بعيد على تقدير الاخذ بعد البطلان واما انه عليه بدله ان تلف فلانه قبضه بدلا عن دينه الذي هو الثمن فكان قادما على ضمانه ﴿ قوله ﴾ فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك ﴿ لانه كان ماذونا في القبض بجهة فاذا بطلت بقي أصل الاذن والاصح العدم لان الاذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه كما ذكر ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وحاصل ما ذكره جميعا أن البائع اذا خالف وقبض مال الحوالة الذي قلنا انه ليس له قبضه فانه لا يقع له قطعا لانه لا استحقاق له وهل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض فيه احتمالان ( أحدهما ) انه يقع لانه كان ماذونا في القبض لحقه بالحوالة فاذا بطلت بقي أصل الاذن لان الخاص اذا ارتفع يبقى العام ( والثاني ) العدم لان الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه ﴿ قوله ﴾ والوكالة عقد مخالف للحوالة ﴿ ومثله قال في التذكرة ويريد أنا لو قلنا بوقوع القبض وجوازه بالاذن فانما يكون عن المشتري بوكالة منه لانه يكون قد استنابه في القبض عنده وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها الا الحوالة وهي لا تقتضي الوكالة لانها عقد ان متغير ان وقد يقال لا حاجة الى هذا بعد فرض انتفاء الاذن الضمني ﴿ قوله ﴾ بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه ﴿ هذا ذكره في التذكرة في فرع فرع على المسئلة وقد اوضحه الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني في جامع المقاصد وكذلك صاحب المسالك بانه جواب سؤال مقدر صورته انه كيف انتفى الأذن في قبض المال المحال بطرؤ بطلان الحوالة مع ان الأذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدتين كما لو وكله في التصرف اذا جاء رأس الشهر وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص أحدهما بالخسر ان فيعتبر الاذن الضمني فيهما ويحكم ببقائه ( والجواب ) بالاختلاف بينهما وبين الحوالة لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق وللمحيل بالاذن وهما أي قبضه لنفسه بالاستحقاق وقبضه للمحيل بالاذن مختلفان لان أحدهما حوالة والآخر وكالة فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الأخرى قطعاً اذ من المعلوم البين أن الحوالة لم تتضمن التوكيل كما أن البيع لا يتضمنه فاذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له اما في الشركة والوكالة فلا واقتصر المصنف على ذكر الشركة اثارا للاختصار واعتمادا على حصول المراد بذكرها فانه يتصرف بالاذن حيث استنابه في التصرف فاذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عمومه ( ثم قال في جامع المقاصد ) والحق ان الذي يتحصل مما ذكره هو ان بقاء عموم الاذن في التصرف في الوكالة والشركة اذا

ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا (متن)

فسدنا أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدة البعد بينهما أما صحة بقاء الأذن الضمني فيها بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعائه بقاء عموم الأذن فليس بظاهر لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابقي إلا بدليل يدل عليه غير كونه ضمينا ونحو ذلك ما في المسالك (قلت) هما قولان مشهوران في باب الوكالة منشأ البقاء كون الفاسد أما هو العقد أما الأذن الذي هو مجرد اباحة تصرف فلا كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بيع كذا على أن لك العشر من ثمنه ففسد الوكالة دون الأذن وإن الوكالة أخص من مطلق الأذن وعدم الأخص أعم من عدم الأعم ومنشأ العدم أن الوكالة ليست أمرا زائدا على الأذن وما يزيد عنه مثل الجمل أمر زائد على الوكالة لصحتها بدونه فلا يعقل فسادها مع صحة أي الأذن لكن المصنف هنا وفي التذكرة في موضعين منها والمختلف وغيره ذهب إلى صحة التصرف بالأذن الضمني وهذا حديث إجمالي والتفصيل في باب إنشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا ﴾ عدم بطلان الحوالة هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وشرحه لولد المصنف وجامع المقاصد والايضاح والمسالك وقد حكى في التحرير والآخرين عن الشيخ دعوى الاتفاق عليه والموجود في المبسوط لم تبطل الحوالة بلا خلاف والظاهر أن مراده بلا خلاف بين العامة لأنه ذكر خلافهم في العكس أو أن مراده بلا خلاف بينه وبين العامة والا فهذا الفرع ما لم به أحد منا قبله نعم الإجماع محكي صريحا في شرح الارشاد لفخر الإسلام ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبض أولا لا ينتقل الملك بدون القبض واحتمل في التحرير بطلان الحوالة أن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن ثم احتمل الصحة والوجه في المسئلة بعد ما سمعته عن المبسوط أنه لا يشترط شغل ذمة المحال عليه كما مر فإذا بطل البيع لم تبطل الحوالة لأنها من حين البيع إلى حين بطلانها حوالة على مشغول الذمة ومن حين البطلان صارت على بريء فلا تحتاج إلى بقاء شغل الذمة وقد وجهه في المبسوط والشرائع والكتاب وغيره بأنها تعلقت بغير المتعاقدين وقد أشاروا به إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الأجنبي على المشتري فإن الحق في الأول كان مختصا بالمتعاقدين بسبب المبيع فإذا بطل السبب بطل التابع لأن الحوالة إنما كانت طريقا لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق بذلك حق ثالث بخلاف حوالة الأجنبي فإنها لا تبطل وإن حكم بالبطلان ثمة لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث أن الثمن صار مملوكا للأجنبي قبل فسخ العقد كما لو باع البائع الثمن لشخص آخر (قلت) هذا يتوجه (بوجه خل) حيث يسبق القبض الرد وصاحب الايضاح لم يقول الأعلى إجماع الشيخ قال لأن الإجماع المنقول بنحو الواحد حجة وقد عرفت حال هذا الإجماع وخلاف الأقرب احتمال البطلان لأن استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولأن الاحالة إنما هي بالثمن (ورد في جامع المقاصد والمسالك) بأنه فرع وقت الحوالة لا مطلقا أي لا بعد الحوالة لأفادتها الملك حين وقعت بغير معارض وقد سمعت ما في التحرير وانت خبير بأنه على القول باشتراط شغل ذمة المحال عليه يجبي الأشكال ويقوى احتمال البطلان بل قد يقال على القول بعدم الاشتراط أن المشتري ما قبل الحوالة

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين ويرجع على من شاء من المحتال والبائع  
 ﴿فروع﴾ الأول لو أحال بئمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة  
 ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع وإن كذبهما المحتال وأقام العبد بينة  
 أو قامت بيئته الحسية فكذلك (متن)

الابا اعتقاد شغل ذمته فيكون كأنه قد اشترط ذلك ويرشد إليه ما سيأتي فيما إذا بطل العقد من أصله  
 في هذه الصورة فليس ذلك الاحتمال ظاهر الضعف كما في جامع المقاصد ولا بتلك المكانة منه كما  
 في المسالك ولذلك عبر المصنف هنا وفي التذكرة بالأقرب وتوقف في التحرير ﴿قوله﴾ ﴿ولو  
 فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع  
 المقاصد والمسالك وجمع البرهان وشرح الارشاد لفخر الاسلام وفيه الاجماع على بطلان الحوالة فيما  
 إذا أحال البائع اجنبيا وظهر فساد البيع والمراد بالصورتين والموضعين فيما عبر فيه بذلك ما إذا أحال  
 المشتري البائع وما إذا أحال البائع اجنبيا وقد وجهوه بأن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين  
 فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري (قلت)  
 إذا جازت الحوالة على البريء لم يتجه هذا التوجيه في الصورة الثانية نعم يتجه في الاولى لان من  
 شرطها أن يكون المحيل مشغول الذمة فالوجه فيه بعد الاجماع المنقول انه إنما أحاله على الثمن الذي في  
 ذمة المشتري باعتقاد ذلك مع انه لا شغل في نفس الامر والواقع فلم تقع الحوالة وموقعها بخلاف صورة  
 طريان الفسخ فان الشغل ثابت حين العقد والدوام غير شرط فأمل ولا تغفل عما ذكرناه في وجه  
 احتمال عدم القرب في المسئلة السابقة ولا يخفى أن الحوالة وقعت في نفسها باطلة لانها بطلت بظهور بطلان  
 البيع كما هو ظاهر العبارات ولهذا قال في جامع المقاصد قد كان الأحسن أن يقول ولو فسد البيع فالحوالة  
 باطلة والامر في ذلك سهل ﴿قوله﴾ ﴿ويرجع على من شاء من المحتال والبائع﴾ كما في التذكرة  
 وجامع المقاصد والمسالك أما رجوعه على المحتال فلانه قد وضع يده على المال وأما رجوعه على البائع  
 لو كان القابض محتاله فلانه أوفاه للمحتال عما في ذمته فنبضه منسوب اليه بل قيل انه أقوى ولهذا يمنع  
 من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن وليس للمشتري الرجوع على المحال عايه بعد القبض حينئذ اصدوره  
 باذنه ﴿فروع﴾ هذه فروع أربعة بهاتيم الباب ﴿قوله﴾ ﴿الاول لو أحال بئمن العبد على المشتري  
 وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة ومعناه انه باعه  
 عبدا وأحال البائع غريمه بالثمن على المشتري ثم ادعى العبد الحرية وصدقه المحيل والمحتال والمحال  
 عليه ولا ريب أن الحوالة حينئذ تكون باطلة لاتفاقهم على بطلان البيع وإذا بطل من أصله لم يكن على  
 المشتري ثمن ويجيء فيه ما تقدم من الحوالة على البريء. وكذلك الحال لو تصادقوا على الحرية وإن لم  
 يدعها العبد ﴿قوله﴾ ﴿ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع﴾ لا ريب انه  
 إذا بطلت الحوالة رد المحتال على المشتري ما أخذه منه وبقي حقه على البائع كما كان كما في التذكرة  
 ﴿قوله﴾ ﴿وان كذبهما المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بيئته الحسية فكذلك﴾ كما في التذكرة  
 وجامع المقاصد وكذلك المبسوط والتحرير ومعناه أن المحتال إذا كذب البائع والمشتري في كون العبد  
 المبيع حرا فاما أن تقوم البيئته على الحرية أولا فان قامت بطلت الحوالة كما لو تصادقوا ووجب رد ما أخذه

وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة الا مع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله ولو فقدت البيعة فلهما احلافه فيأخذ المال من المشتري ( متن )

المحتال على المشتري وهو معنى قوله فكذلك وهذه البيعة تتصور بأن يقيمها العبد لان العتق حقه وان يبتدأها الشهود على سبيل الحسيه أي اقامة للمعروف ودفعاً للمنكر فتشهد عند الحاكم من غير دعوى مدع فان ذلك جائز محافظة على دفع المنكر ويأتي ما اذا فقدت البيعة ﴿ قوله ﴾ وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة ﴿ كما في المبسوط والتحريير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ليس للمتبايعين اقامتها بالحرية ولا تسمع منهما لانهما قد كذباها بالتبايع اذ بيع أحدهما وشراء الآخر قاضيان بالاعتراف بالرقية وقد أجمعوا على أن كل من كذب بينته بقول أو فعل لا تسمع منه اقامتها لكنه ينتفع بها العبد اذا أقامها أو أقامها أحدهما ﴿ قوله ﴾ الامع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله ﴿ هذا جملة في التذكرة احتمالاً قال ويحتمل أن يقيماها اذا أظهرها عذراً بأن يكون البائع قد وكل بالعتق وصادف البيع العبد معتوقاً فان للبائع هنا اقامة البيعة حيث لم يكن في اقامتها تكذيب وكذا لو ادعى المشتري عتق البائع وجهله أي ثم تجد العلم بعد البيع وبه جزم هنا وفي جامع المقاصد ولم يذكر في المبسوط والتحريير ولعل الاولى ذكره اذ لو كان الامر كذلك لاسبيل الى ذلك الا ذلك ﴿ قوله ﴾ ولو فقدت البيعة فلهما احلافه فيأخذ المال من المشتري ﴿ قال في (التذكرة) وان لم يكن بيعة لم يلتفت الى تصادقهما في حق المحتال كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه انه كان حراً لم يقبل قوله على المشتري لكن لها تحليف المحتال على نفي علم العتق فان حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما حجة عليه الى ان قال وان نكل حلف المشتري ثم ان جعلنا اليمين المروده كالاقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبيعة فالحكم كما لو لم يحلف لانه ليس للمشتري اقامة البيعة وقال في (جامع المقاصد) بعد ان فسر عبارة الكتاب هل يشترط في صحة دعواهما عليه العلم وطلب حلفه على نفيه اظهار ما به يندفع التنافي ويمكن الجمع أم لا عبارة المصنف هنا محتملة وان كانت أظهر في اشتراط ذلك حيث انه بناء على فقد البيعة ووجود البيعة انما يعتد به بالنسبة اليها بعد اظهار ما يندفع به التنافي وفي (التذكرة) صرح بانه لو نكل المحتال حلف المشتري قال ثم ان جعلنا اليمين المرودة الى آخر ما حكيناها عنها قال وفيها كلامان هذا احدهما أعني تحليف المحتال ومع نكوله فالمشتري وان لم يظهر العذر الراجع للتنافي الثاني انه حكم بحلفه على كل حال وبكون وجود اليمين كعدمها على تقدير ان المروده كالبيعة فلا يكون لهذه اليمين فائدة اصلاً على هذا التقدير والمعروف ان من كذب أقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلاً فينبغي تحقيق ذلك انتهى ( قلت ) عبارة التذكرة كعبارة الكتاب في بناء التحليف على فقد البيعة بل لعله أظهر لمكان الاستدراك من النفي ولعل توسيط التمثيل لا يضر بالفرع والاستدراك ولعل قوله والمعروف الى آخره راجع الى الكلام الاول الذي اوردته على التذكرة وهو ان التبايع قضى باقرارهما واعترافهما بالرقية فلا تسمع دعواهما العلم على المحتال وان لم يظهر العذر ونحن نقول ان دعوى العلم تسمع لانها دعوى أخرى ثم انه على ما بيناه من ان العبارتين متساويتان يسقط ذلك ولا يكاد يقبح رجوعه الى غير ذلك ولم يحكم في التذكرة بالحلف عليه على كل حال وانما قال حلف المشتري ومعناه ان له الحلف وله التوك كما هو المعروف فقد بين ان له ان يحلف اذا شاء وكان قاضيه ممن يرى ان اليمين المرودة كالاقرار وان



وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه  
قضى دينه باذنه ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الاصل  
صحة الحوالة (متن)

كان القاضي ممن يرى أنها كاليمين لا يحلفه لأن وجودها كهدمها والحاصل ان غرضه بيان أحكام المسئلة  
للحاكم حتى لا يغفل كما هو الشأن في غيرها كما هو واضح وليس غرضه السجيل عليه أي المشتري  
بالحلف على كل حال ثم ان الأمر للقاضي لانه فالأمر أوضح من ان يحتاج الى بيان وهذا تحقيق  
ما أحب تحقيقه نعم قد يتجه عليه في التذكرة ما تقدم منا غير مرة من ان اليمين مردودة أصل برأسه  
على انها لو كانت هنا كاليمين كانت مقبولة لانها تقبل لواقامها على انه يعلم عتقه وقد قلنا انه اذا ادعى  
ذلك سمع منه لانها دعوى أخرى كما اعترف به في التذكرة والا لما صح لها تحليفه قوله  
﴿ وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه قضى دينه  
باذنه ﴾ اذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق أخذ المال المحتال به من المشتري وهل يرجع به المشتري  
على البائع استشكل المصنف هنا وجزم في التذكرة وجامع المقاصد بالرجوع اذا دفع المحتال لانه قضى  
دينه باذن شرعي والدفع واجب عليه وربما اجبره الحاكم عليه وقرب في الاول عدم الرجوع قبل الدفع  
وهو ظاهر وكان ينبغي الحزم به قوله ﴿ ولو صدقها المحتال وادعى ان الحوالة بغير الثمن  
صدق مع اليمين لأن الاصل صحة الحوالة ﴾ كما في المبسوط والنحرير وحاصل ما ذكره ان المحتال  
صدق البائع والمشتري على ان العبد حر وادعى ان الحوالة بغير الثمن فقد حصل الاختلاف في صحة  
الحوالة وفسادها والاصل الصحة فيقدم قوله يمينه لان دعواه موافقة للأصل وهو كلام جيد متين  
جار في جميع سقوق المسئلة (وعساک تقول) انه يقدم غير مرة ان اصل الصحة لا يتمسك به الا بعد تمام  
أركان العقد والمشتري يدعي فساده لعدم تمامية الاركان (لانا نقول) ان هذا جاء بالآخرة والا فهو  
معترف بانه كان صحيحاً ظاهراً ثم انكشف فساده فليتأمل في ذلك جيداً اذ قد لا يكون ذلك مبني  
على ذلك (واعترضه في جامع المقاصد) بما حاصله ان هذا يتم فيما اذا ادعى المحتال الحوالة بدين آخر على  
المشتري والمشتري مقر باصل الدين ولكنه ينكر الحوالة به وادعى المحتال وقوعها على المشتري مع  
خلو الذمة (اما الاول) فلأنه ليس في طرف المشتري اصل ولا ظاهر ومع المحتال أصل الصحة واما أصل  
براءة ذمة المحال عليه من دين المحتال فقد قطعه أصل صحة الحوالة التي اعترف بها وبقي الاختلاف في  
الفساد موجبا لليمين على من ينكره ومنه يعلم حال الثاني قال وأما اذا ادعى الحوالة بدين آخر وانكره  
المحال عليه فقد قيل انه قد تعارض أصل الصحة واصل البراءة ويمكن ان يقال نمنع تعارض الاصلين  
اذ لا يلزم من كون الحوالة بغير دين في الذمة فسادها بل هو اعم من الفساد لما عرفت من ان صحة  
الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فيبقى أصل البراءة بغير معارض فيقدم قول المحال عليه يمينه وهذا متجه  
وهو خيرة التذكرة انتهى ومعناه على ما اقتضاه تقسيمه ان المحال انما يدعى الحوالة بهذا الدين الخاص  
والمحال عليه ينكر ذلك فالاصل براءة ذمته من هذا الدين الخاص والحوالة به ولا ينكر الحوالة  
المطابقة ويقول انها فاسدة لان صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فلامعارض لاصل البراءة فكانت الحوالة  
صحيحة والدين غير ثابت فلا تعارض وفيه بعد الغرض عما فيه ان مراد القائل بأصل البراءة اصل

فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن ان قبلت لانهما لم يكذباها الثاني لو جرى لفظ الحوالة  
واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل  
لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق  
المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملاً بشهادة اللفظ ( متن )

البراءة من وجوب الاعطاء والدفع الى المحتال لأنه هو محل نظره وغاية قصده وهذا يمارضه اعترافه بالسبب  
المقتضي لذلك وهو الحوالة سواء كانت واردة على شغل ذمة أولاً فان الاصل فيها الصحة فيقطع  
أصل البراءة لو روده عليه قطعاً فالمدار على وجوب الاعطاء وعدمه لانه هو محل البحث ثم ان ما حكاها  
عن التذكرة انما هو فيما اذا ادعى البائع ان الحوالة على المشتري بدين آخر لا المحال عليه الا ان تقول  
ان أراد في جامع المقاصد ذلك لكنه يمنع منه تقسيمه فتأمل جيداً ﴿ قوله ﴾ فان أقاما بينة ان  
الحوالة بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ﴿ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه  
لو أقام البائع أو المشتري أو أحدهما بينة بكون الحوالة انما هي بالثمن الذي تضمنه البيع حيث ادعى  
المحتال ان الحوالة بغيره فانها تقبل كما تسمع دعواها بذلك لانها لم يكذباها فان كون المبيع حراً  
لا يقتضي عدم وقوع الحوالة بما سمي ثمناً في مقابله غاية ما هناك انها يدعيان فساد الحوالة فنثبت بالبينة  
﴿ قوله ﴾ الثاني لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعى المحيل  
قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق  
المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملاً بشهادة اللفظ ﴿  
لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد فان كان قال له أحلتك بالمانه التي لك علي علي زيد فهذا  
لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعاً كما في التذكرة والتحرير وان كان قال له احلتك  
بالدين الذي لي قبل زيد واحلتك بمائة علي زيد فادعى المحتال ان اللفظ الذي صدر بينهما من لفظ  
الحوالة أريد به الحوالة وادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة فالذي في المبسوط تقديم قول المحيل  
وقد قرره المصنف هنا وقد نسبة في المسالك الى الشيخ وجماعة ولم نعرفهم ولا وجدنا ناقلاً عنهم وفي  
(الشرائع والكفاية) التردد وكذا التذكرة حيث لا ترجيح فيها وفي (التحرير وجامع المقاصد) اختيار ترجيح  
قول المحتال وهو الاحتمال المذكور في الكتاب (حجة الشيخ) ما ذكره المصنف من انه اعرف بلفظه باعتبار  
استعماله في المعنى الحقيقي وغيره وكذا هو اعرف بما قصده اذ لا يعلم قصده الا من قبله وان قوله  
معتضد بأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه واصل بقاء حق المحتال على المحيل (واعترضه في جامع  
المقاصد) بما نبه عليه في التذكرة من أن اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن يجب حمله على حقيقته لان  
الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز فالتحرد دليل ارادة الحقيقة والالزام الاغراء بمجهل  
المقصود والاصل خلافه فدعواه بعد ذلك مخالفة للاصل على ان هذا لو قدح لقدح في جميع الابواب  
من بيع وصلاح وقرار ونكاح وغيرها وان الاصلين قد زالا بالحوالة الصادرة بينهما التي هي الاصل فيها  
الحقيقة والصحة ولو قدح هنا في البيع وغيره اذا وقع الخلاف بعد صدوره انتهى وقد اجهد نفسه صاحب  
المسالك واطال في رده واصلاح كلام الشيخ والمصنف فجوز ان تكون الحوالة لفظاً مشتركاً بينهما وبين

ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطما ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال (متن)

الوكالة أما لان الوكالة تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة والحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال أو لان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق ثم استشعر بان المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرآن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها دون الوكالة (وأجاب) بان هذه العلامة لا تتم في المشترك (قلت) وهو كذلك لأنه مع وجود قرينة تعيين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كونه في الآخر لكن الشأن في اثبات الاشتراك وما ذكره في اثباته لا يجدي ثم استشعر بان الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة والشرعية مقدمة ويمضدها دلالة العرف والقرينة مقدمة (واجاب) بان دلالتها على الوكالة ايضاً بطريق الشرع لان الوكالة شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق وبأي لفظ دل عليه وان واقفا مع ذلك اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة ثم استشعر ان ذلك يستلزم كون الحوالة مشتركة والمجاز خير من الاشتراك (ثم اجاب) بان ذلك غير مجمع عليه على ان ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وقد اثبتناه فيكون دعوى المحيل الوكالة خلاف الظاهر ودعوى المحتال الحوالة موافقة للظاهر لكن هذا لا يندفع به الاصلان المتقدمان فيرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر والاصل مقدم انتهى كلامه مع اختصار فيه (وفيه) نظر من وجوه (منها) أن الحقيقة الشرعية لبست ثابتة في الحوالة ولا الوكالة كما اوضحناه في كتاب الرهن وقد حرر في فنه (ومنها) أن الحقيقة الشرعية انما تقدم على العرفية في كلام الشارع لا في كلام المتعاقدين نعم لو عرفنا اصطلاح الشارع واقعا المقدم عليه كان المرجع اصطلاح الشارع لكن لا من جهة تقديمه على اصطلاحها بل من جهة تعيينه كما لو وقعاه باصطلاح طائفة اخرى (ومنها) ان ظاهر اللفظ يقطع الاصل اصل راءة كان أو غيرها كظاهر الشرع واذا ادعى انه اقام قرينة وانه فهم منها مراده ونسي فالاصول تنفي ذلك كله نعم ظاهر الحال لا يقطع الاصل وكيف كان فتقديم قول المحتال اشبه بالاصول المقرره والضوابط المحررة

﴿ قوله ﴾ ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ﴿ كافي الشرائع وقال في (جامع المقاصد) أن هذا في غاية البعد وما قطع به غير ظاهر لان اختلافهما قبل القبض وبعده لا يجدي فيه فرقا لان عقد الحوالة من العقود اللازمة فاذا صح وحمل على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار ملكه وقال في (المسالك) يمكن أن يكون قطع المحقق من جهة ترجيح الاصل لانه الغالب معتضدا باصالة عدم ملك المحتال له بخلاف ما في يده وهو كما ترى ( ووجه ) الفرق في جامع المقاصد بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يثمر الملك بالقبض قبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (ورده) بان نفس الحوالة استيفاء ومثمرة للملك وان لم يحصل القبض حتى لو اراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البدل توقف على رضا المحتال وليس هو كالايفاء بغير الحوالة فان الملك فيه متوقف على القبض ومن ثم يجوز له الابدال قبله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال ﴾

ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتي وقال المديون وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون فان لم يكن قبض قليس له ذلك لانعزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه ويحتمل العدم لاعترافه ببرائه بدعوى الحوالة أما لو قال المستحق وكلتي فقال لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين (متن)

كما في الشرائع وقال في (التذكرة) ولو انعكس الفرض بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة فقال المديون لزيد أحلتك على عمرو وقال القابض بل وكلتي قبض ما عليه وحتى باق عليك وتظهر الفائدة عند افلاس عمرو فالوجهان في المسئلة الاولى على العكس فكل من قال في المسئلة الاولى القول قول مدعي الوكالة قال هنا القول قول مدعي الحوالة وبالعكس ونحوه ما في التحرير والمحقق والمصنف هنا قالوا بتقديم قول المحتال يمينه عملا باصالة بقاء الحقين والمديون يدعي خلافهما واتقاهما فكان عليه البينة (ورده في جامع المقاصد) بان الاصل في اللفظ الحقيقة والحمل على المجاز خلاف الاصل والمحيل اعرف بلفظه وقصده والاصل الذي ادعاه بالنسبة الى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما ومن هذا علم ان ما اختاره هنا ايضا في غاية البعد مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين في المسئلة الاولى فلا اقل من مجيئهما (قلت) يمكن حمل عبارة الكتاب والشرائع على ما اذا اتفقا على جريان لفظ الوكالة او ادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة وحينئذ فلا اشكال لكنه يدفعه التصريح في التذكرة في بيان العكس بما عرفت وكذا التحرير فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق احلتي وقال المديون وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون﴾ كما في التذكرة والتحرير والمبسوط وفيه انه لا خلاف فيه لان الاصل عدم الحوالة واستمرار حق القابض على المديون واستمرار حق المديون على الثالث ولا يمارض اصل عدم الحوالة اصل عدم الوكالة وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقيا واراد الابدال أو اراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا في غيره ولم يشترط الاداء في غيره ﴿قوله﴾ ﴿فان لم يكن قبض قليس له ذلك لا نعزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه﴾ اما نعزاله بانكاره الوكالة فقد وافقه عليه في جامع المقاصد وفيه تأمل مع اصرار المديون على دعواها بل احتمال في الاخير في باب الوكالة انه لو عزل نفسه في حضرة الموكل ولم يرضى الموكل لم يعزل فتأمل واما أن له مطالبة المديون بالمال الذي له عليه فثلا يضيع حقه ولان الحوالة ان كانت هي الواقعة في الواقع فقد ظلمه بدفعه عن ماله وملكه واخذه منه وان كانت الوكالة هي الواقعة فلا ريب في بقاء حقه عليه ﴿قوله﴾ ﴿ويحتمل العدم لاعترافه ببرائه بدعوى الحوالة﴾ لان الحوالة تتضمن براءة المحيل فبدعواها اياها يكون قد اعترف ببراءة ذمة المحيل فكيف يطالبه وهذا الاحتمال ضعيف لانه يزعم انه ظلمه باخذ ماله كما عرفت قال في (جامع المقاصد) بعد ان اختار ان له مطالبته هذا الحكم في الظاهر وفيما بينه وبين الله يمتد ما يعلم انه الحق (قلت) له مطالبته في الظاهر والواقع لانه ان كان الذي جرى بينهما عقد الوكالة فدعوا الحوالة لا تسقط حقه في الواقع لانها عقد يحتاج في الاسقاط الى ايجاب وقبول ورضا من الطرفين وان كان الذي جرى عقد الحوالة فوجه ظاهر مما تقدم ﴿قوله﴾ ﴿اما لو قال المستحق وكلتي فقال لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين﴾ كما في المبسوط والتحرير لان الاصل عدم الحوالة والاصل بقاء الحقوق ومنكر الحوالة هنا المستحق وفيما قبله المديون فلو قال

وليس للمستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل فان كان قبض فالاقرب أنه يملكه  
لانه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه فلا أقل من أن يكون ذلك اذنا في التملك وان تلف  
احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوتة لان الاصل ضمان مال الغير في بد آخر  
ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليستقط عنه الضمان الثالث  
لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالاقرب الصحة وان كان حالا (متن)

صدق المستحق ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق في تصديق المديون وعدمه لكان احسن  
قوله ﴿ ﴾ وليس المستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل ﴿ ﴾ أي لو كان وكيلاً لكن  
المصنف في باب الوكالة تأمل في كون انكارها عزلاً وقال في (جامع المقاصد) هناك انه ليس عزلاً  
على الاصح ﴿ ﴾ قوله ﴿ ﴾ فان كان قبض فالاقرب انه يملكه لانه جنس حقه وصاحبه يزعم انه  
ملكه فلا أقل من ان يكون ذلك اذنا في التملك قال الشهيد في حواشيه قوله يملكه يحتمل معنيين  
احدهما المالك القهري لزعم صاحبه ذلك وهو من جنس الحق فهو في قوة التعيين بحجة مخصوصة من  
جهات القضاء فعلى هذا لا يحتاج الى امر آخر الثاني جواز الملك ويتوقف حقيقة الملك على احد  
امرين اما انشاء المديون تعييناً كقوله خذ ما في يدك واما مما طلته بدفع غيره فيختار اخذه قصاصاً  
لكن على الاول يدخل في ملكه قهراً وعلى الثاني يتوقف على الاختيار فله رده والمداولة تا بديل الا  
ان يشاء المديون تعيينها وقال في (جامع المقاصد) عندي أن الثاني بعيد اذ المتبادر من كلا المصنف  
تملكه من غير توقف على شيء آخر فاما ان يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين ان لم يكن أقوى فيملكه  
القبض على طريق القهر أو يجعل ادعاء الحوالة المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة  
بعد مطالة حيث انها أقوى اذ منكر الدين مما طل وزيادة فيسوغ له الاخذ مقاسمة ثم قال وعلى كل  
حال فما قر به المصنف هو المختار هذا في المبسوط صرف اليه في مكان ملكه ﴿ ﴾ قوله ﴿ ﴾ وان  
تلف احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوتة لان الاصل ضمان مال الغير في بد آخر ولا يلزم  
من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليستقط عنه الضمان؛ يريد أن المستحق الذي قبض  
المال وحاف على نفي الحوالة ثم ان المال تلف في يده فانه يحتمل عدم ضمانه له لانه وكيل نمت وكالته  
بجافه على نفي حوائجه لان الحال دائر باعترافهما بين الحوالة والوكالة فاذا بطلت احدهما بطلت الاخرى  
فاذا ثبت انه وكيل وهي الصغرى ثبتت الكبرى وهي كل وكيل أمين فلا يضمن وهو خبرة المبسوط  
ويحتمل ثبوت الضمان لان الاصل ضمان مال الغير ولا يلزم من تصديق المستحق في نفي الحوالة سببه  
تصديقه في اثبات الوكالة لانه قد تقرر عندهم ان اليمين لنفي شيء لا تكون لاثبات شيء آخر كما لو اقر  
الوكيل بالبيع وقبض الثمن بهما وانكر الموكل القبض فان الوكيل يحلف لاستنانه فلو خرج المبيع منه خفا ورجع  
المشتري على الوكيل بالثمن لعدم تبوت وكالته به عنده لم يرجع الوكيل على الموكل لان اليمين كانت  
لدفع الغرم لا لاثبات المال على الموكل فالقول الآن قول الموكل بيمينه وقد قوى المحقق انى الاحتمال  
الثاني وضعف الاول وفصل الشهيد فقال يضمن أن كان المقبوض من جنس الحق ﴿ ﴾ قوله ﴿ ﴾ -  
﴿ الثالث لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالاقرب الصحة وان كان حالا ﴾ أي وان كان الحاق

﴿ فرع ﴾ لو أحال البري على مشغول الذمة ضمي وكالة تثبت فيها أحكامها وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ولو انعكس الفرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض (متن)

المشروط قبضه حالا كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والتذكرة وظاهر الاخير الاجماع عليه قال لو كان الدينان حالين فشرط في الحوالة ان المحتال يقبض حقه أو بعضه بعد شهر صحح عندنا خلافا لاهد لعموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم ولان مبنى الحوالة على الارفاق وهذا مناسب لمقتضى العقد وتوجيه الصحة في الايضاح بكون الشرط سايقا يريد به انه غير مناف لمقتضى العقد فليس في معنى المصادرة ووجه غير الاقرب أن الحوالة انما هي لما عليه وهو حال (وفيه) ان حلوله لا ينافي اشتراط الاجل واقسام المسئلة بالنسبة الى الحلول والتأجيل اربعة وعليها اما أن يتجانس الحقتان أولا وعلى التجانس اما أن يكون ربو بين أولا ومضروب الثلاثة في الاربعة اثنا عشر والحاصل انه مع التأجيل فيهما وتوافق الاجلين تصح الحوالة قطعا كما في التذكرة (قلت) ولا يثبت فيها عند من يجعلها اعتياضا وأما عند من جعلها استيفاء فلم تحصل حقيقته هنا الا أن يقول بصدقه بمجرد الانتقال وان تأخر القبض وان اختلفا في التأجيل صححت عندنا أيضا كما في التذكرة (قلت) ان كان الحق المحال به حالا والمحال عليه مؤجلا مع اتفاق الجنس فعلى الاعتياض يحتمل البطلان ومع اختلافه يصح وكذلك الحال في العكس ولو كانا حالين متقبي الجنس فشرط الاجل فعلى المعاوضة يحتمل البطلان وعلى الاستيفاء ما تقدم وان كانا غير ربو بين فعلى المعاوضة يصح وعلى الاستيفاء ما تقدم وهناك أقسام أخر بالنسبة الى تساوي أجلي الحقين واختلافهما والبحث فيهما ما تقدم ﴿ فرع ﴾ كثير الوقوع وهو انه لو شرط المحتال الرجوع على المحيل مع تعذر الاستيفاء فالوجه بطلان الشرط وفي بطلان الحوالة حينئذ اشكال كما في التحرير وكذا التذكرة ولعل الاصح بطلان الشرط والعقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أحال البري على مشغول الذمة فبني وكالة تثبت فيها أحكامها ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لو قال صاحب الدين لمن لا دين له عليه قد أحلتك بالدين الذي لي على فلان كان ذلك وكالة عبر عنها بلفظ الحوالة فلو مات المحيل بطلت وكان لورثته المطالبة بالمال وكذا لو جن كان للحاكم المطالبة بالمال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ﴾ أي جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود من الوكالة فيكون حينئذ العقد بالمجاز ولا يتمتع ذلك خصوصا في العقد الجائز ولا ريب انهما لا يشتركان في المقصود من الحوالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض فان شرطنا الشغل فهو اقتراض ﴾ أي أحال مشغول الذمة على البري بلفظ الحوالة فان شرطنا شغل ذمة المحال عليه في الحوالة ولم يكن المحال عليه مشغول الذمة كما هو المفروض كان ذلك اقتراضا ولا يكون حوالة لفقد شرطها ولا ضمانا لعدم لفظه ولانه لو جعل ضمانا لم يكن الشغل شرطا ويرجع الفرع على أصله بالابطال فعلى هذا يكون الصادر من المحيل استدعاء الاقتراض اذ لا أقرب الى الحوالة حينئذ من معنى الاقتراض ويكون الصادر من المحال عليه قبوله ولا يلزم القبول اذ لا يجب الوفاء بالوعد وان لم نشترط الشغل كان حوالة على البري كما تقدم وفي (جامع المقاصد) ان انعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكالة وهو كما ترى لاحاصل له على انه قال بعد ذلك انه اقتراض بلفظ الحوالة مجازا وفي (حواشي الشهيد) وان لم نشترط الشغل فهو

فان قبض المحتال رجع على المعيل وان أبرأه لم يصح لانه أبرأ لمن لا دين عليه وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع المحال عليه على المعيل لانه غرم عنه ﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ( متن )

ضمان وجاز بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود منه فليهم وقوله فهو اقتراض يجوز أن يحمل على استدعاء القرض وعلى المال المدفوع الى المحتال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبض المحتال رجع على المعيل ﴾ أي رجع المحال عليه وهو المقرض على المعيل وهو المقرض وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد لانه قرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان أبرأه لم يصح لانه أبرأ لمن لا دين له عليه ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ووجهه ظاهر لانه لا دين له عليه اذ المطلوب منه الاقراض فكان الابراء لغوا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع المحال عليه على المعيل لانه غرم عنه ﴾ وانما عاد المسأل اليه بقصد مستأنف كما في التذكرة والتحرير

### ﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾

الكفالة بالفتح عقد صحيح عند عامة أهل العلم كما في التذكرة وهي ثابتة بالكتاب والسنة أيضا قال الله تعالى ( قال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موثقا من الله لتأتني به ) فطلب يعقوب من بنيه كفيلا يدين يوسف عليه السلام وقال تعالى ( فخذ أحدا منا مكانه ) وذلك كفالة بالبدن فأمل وهي مكروهة كراهية شديدة كما هو المستفاد من الاخبار الكثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم أي التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ويصح دخول الخيار فيه مدة معينة خلافا لتحرير بل كل شرط لا ينافيها ونصح فيه المعاطاة ولعلمنا تلازم في بعض الفروض ويشترط فيه الايجاب ككفلت لك بدن فلان ونحوه ككفنت لك احضاره أو التزمت باحضاره وأنا كفيل والقبول على الفور وكونهما بالعريضة من كاملين كما صرح به جماعة لانه عقد لازم وفي ( جامع المقاصد ) انه سيأتي انه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف ( قلت ) انما يأتي له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال في التحرير هي التعهد بالنفس غالبا ولعله أشار الى ما سنذكره عند قول المصنف بصحة كفالة بدن الصبي والمجنون من أنه تصح الكفالة ببدن الدابة اذا جنت على آدمي أو أتلفت مالا بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب ونحوه لاقامة الشهادة على صورته وقد يكون أشار الى ما سنذكره في كفالة العبد الآبق ( وقال فخر الاسلام ) الكفالة في مذهبننا انما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والمقضى أعم من أن يكون ديناً أو عينا وقيل كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع فانه تصح كفالته فعلى الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ﴾ بلا خلاف كما في المفاتيح والرياض ولا نعلم خلافا في اشتراط رضا الكفيل وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في التذكرة وقد حكى الاجماع عنها عليها جماعة ولعله لانهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر ( قلت ) أما اشتراط رضی الكفيل فظاهر كما في مجمع البرهان لان اثبات حق له من دون رضاه على شخص آخر باطل وأما اشتراط رضی المكفول له فلان اثبات حق على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريا

دون المكفول وتعيين المكفول فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت وتنجز الكفالة ( متن )

يتوقف على رضاه ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون المكفول ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وهو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما في ( المسالك ) والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ونسبه الى باقي علمائنا في المختلف بعد أن نسب الخلاف الى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادريس والحاصل أنه لاخلاف الا من هؤلاء نعم قواه في التحريم ( حجة المشهور ) بعد ما سمعت مضافا الى الاصل والعموم ان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب ومن المعلوم انه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله والكيل بمنزلة الوكيل ولا يشترط اذن الموكل عليه في التوكيل وانما قالوا انه بمنزلة الوكيل لانه لا يجب عليه الاحضار ولا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه المكفول له كما استعرف الحال في ذلك كله ( وحجة الشيخ ) وموافقه انه اذا لم يأذن بها أولم يرض لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالاته لانها كفالة بغير المقدور وهذا بخلاف الضمان لا مكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور مضافا الى الاصل ( ورد ) بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا كما في المسالك وفائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور وان كان برضاه وسيأتي في كلام المصنف أنه لا يجب عليه الحضور مع التبرع وعدم طلب المكفول له ومعنى التبرع أن يكفله من دون اذن منه واحتمل المحقق الثاني أنه يجب عليه الحضور مع التبرع لان التكفيل يقتضي التسليط على الاحضار وفيه نظر ظاهر لكن قد يؤيده انه قد يريد السفر البعيد بحيث لا يتمكن منه أو مع المشقة الشديدة فاذا لم يجز للكفيل منه ولا يجب عليه الحضور اذا لم يطلبه منه يلزم منه الضرر العظيم على الكفيل فاذا لم يجزوا هذا الضرر فالتسليط غير بعيد بل ينبغي القول باشتراط رضاه كما هو واضح الا أن تقول انه هو الذي أوقع نفسه في هذا الضرر على أنهم لا يجوزون لصاحب الدين منع المدين من السفر البعيد اذا كان دينه مؤجلا ولو حل بعد ذلك بزمن قليل جدا فتأمل جيدا هذا وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الاخيرين من وجوب المقارنة بل يكفي كيف اتفق كما صر نظيره وبه صرح جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتعيين المكفول ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحريم والارشاد وجامع المقاصد والمسالك بل فيه انه لاخلاف فيه وقد يظهر من الباين عدم اعتباره خصوصا ابن حمزة في الوسيلة لذكره لها شروط خمسة غيره ولعل تركه لظهوره كالكمال وفي ( مجمع البرهان ) ان دليله غير واضح وان الذي يظهر له جواز التردد اذا كان المراد فيهم كلهم غراما للمكفول له ( قلت ) امل دليله انها على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ولا نسلم انه كان متدولا في زمن الصدور لما فيه من الضرر والابهام وكال الفرر للمتعاقدين بالاعتبارات فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت ﴾ ونحو ذلك ما في الشرائع وما ذكر منها آتفا لاشتراك الثلاثة في أنه لا يعلم المكفول بعينه ويزيد الثاني بالتعليق وشرطها التنجيز وستسمع الحال في التنجيز ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتنجز الكفالة ﴾ فلو قال ان جئت به فأنا كفيل لم يصح



ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة وتصح حالة ومؤجلة (متن)

علي اشكال لم يرجح أحد وجهيه في الايضاح والحواشي والمولى الاردبيلي لم يمتبره اذا حصل الشرط وفي (المبسوط والتحرير وجامع المقاصد) وكذا التذكرة اعتبار هذا الشرط قال في (المبسوط) لا يجوز تعليق الكفالة بشرط (قلت) لعدم جواز مثله في مثلها لان التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة ولان أثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه والا لم يكن صحيحا ومع التعليق يمتنع ذلك ولان المعلق عليه يمتنع أن يكون جزء السبب والا لوجب كونه معه مع أن تراخي القبول ممنوع فكيف باقي الاجزاء فاذا امتنع ذلك امتنع اعتباره في العقد فيجب تأثيره بدون المعلق عليه والتعليق ينافيه لكونه مقصودا فلم يبق الا بطلان العقد كذا حرره في جامع المقاصد ونحوه ما في الايضاح لكن هموم أوفوا بالعقود يهدم ذلك كله نعم ان كانت شهرة على اعتبار هذا الشرط كانت شاهدة على عدم تداولها في زمن الصدور بدونها فلا اشكال في محله **قوله** ﴿ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة﴾ لانه وعد وليس بائتمام مضافا الى الاصل وقد تقدم مثله في الضمان **قوله** ﴿وتصح حالة ومؤجلة﴾ اما صحتها مؤجلة فوضع وفاق كما في الروضة وكأنه لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان والتأجيل كأن يقول كفته الى شهر مثلا فيلزمه احضاره بعد انقضاء الشهر ولم يكن له مطالبته به قبله اما لو قال كفته شهرا بمعنى اني آتيك به في ضمن الشهر فيكون الشهر ظرفا لاحضاره فانه يصح اذا كان المراد انه يحضره متى شاء المكفول له في مدة الشهر كما في التحرير (قلت) كما هو الشأن بعد حلول الاجل فانه يجب عليه احضاره متى شاء المكفول له وقد سماها في التحرير موقته والاولى مؤجلة وأما اذا كفته كذلك أي شهرا على ان يحضره متى شاء الكفيل فانها لا تصح لمكان الجمالة والفرر فالشأن فيه كالشأن في تأجيله بغير الوقت المنضبط وقد قالوا بمثله في السلم (وأما) صحتها حالة بمعنى انه لا يشترط الاجل فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختار والمقصد وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكذا الكفاية وهو مذهب اكثر علمائنا كما في التذكرة والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية وهو حق اليقين كما في السرائر وهذه ممن لا يعمل الا بالقطعيات تجري مجرى الاجماع وظاهر المفيد والشيخ في النهاية وابي جعفر في الوسيلة وسائر في المراسم انها لا تصح حاله وهو المحكي عن القاضي في أحد قولي به جزم كاشف الرموز وحكاة عن النبي وهذه عبارة الشيخين لا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل وظاهر النافع والتبصرة والمفاتيح التردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين وفي (السرائر والتحرير والتذكرة) انه اذا كفل مطلقا كانت صحيحة وكانت حالة وفي (السرائر) انه حق اليقين (حجة المشهور) العمومات واصل عدم الاشرط مضافا الى ما في السرائر وفي (الرياض) ان حجة الشيخ والجماعة غير واضحة ولا مذكورة في كتب الجماعة عدى القياس على الضمان (قلت) يمكن ان يحتج لهم بان الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حاله لكانت خالية من فائدة اذ له كفول له ان يبالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تبص وذلك يكون عبثا كما في كشف الرهوز قلت، لكنه لا يكون عبثا في بعض الموارد سلمنا لكن اقتضاه ان لا تكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة فاذا رضي بالتأخير لزمه كما يأتي مثله في كفالة المدعي عليه حقا اذا رضي بالتأخر وفي كفالة بدن المحبوس اذ لا فائدة فيه فليلاحظ ذلك مع تأمل وروية (وليعلم)

على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها أو كفيل يدعي عليه الكفالة أو وصي أو مجنون اذ قد يجب احضارها للشهادة عليهما بالاتلاف وبدن المحبوس لا مكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس أو عبد آبق (متن)

انه على المشهور من انها تصح حالة وموجلة لافرق بين كون الحق حالا أو مؤجلا لكنه في الثاني يشترط رضا المكفول ﴿ قوله ﴾ ﴿ على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها ﴾ أي فيجب بالكفالة السعي في احضارها فلوم يحضرها حبس لاغير كما سيأتي في كفالة بدن الميت والوصي والمجنون وبعض العامة من الشافعية قول بالمنع بناء على ان الكفيل يغرم ما على المكفول لوم يرد وهو متعذر هنا وهذا ضابط ذكره في التذكرة قال والضابط في ذلك ان تقول حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول بيده فكل من يلزمه حضور مجلس الحاكم عند الاستعداد يستحق احضاره بحق الكفالة بيده وعليه نه في المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو كفيل يدعي عليه الكفالة ﴾ كما في التذكرة أي وان لم تقم البيئة عليه بالكفالة كما سيأتي مثله لان المنكر يجب عليه فصل الخصومه فاذا رضي بتأخرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها ليست لازمة اذا طلب الفصل في الحال وكذا الحال في غريم يدعي عليه المال كما سيأتي التنبيه عليه ولعله أولى بالذكر هنا ولعله أراد التنبيه على الخفي وهو صحة كفالة الكفيل أي المدعي عليه الكفالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو وصي أو مجنون اذ قد يجب احضارها للشهادة عليهما بالاتلاف ﴾ أي لاقامة الشهادة على صورتها في الاتلاف وغيره لانه ربما لم يكن الشاهدان بحيث يمكنهما تمييزهما بدون الاحضار فان كان كفيل باذن وليها فله مطالبة وليها باحضارها عند الحاجة وان كفيل بغير اذنه فهي كالكفالة بيدن العاقل بغير اذنه وقد تقدم جوازه ولم يحضرها حبس لاغير على الظاهر لعدم ثبوت الحق حينئذ وينقدح من هذا انه يصح كفالة الدابة اذا اتلفت شيئاً أو جنت على آدمي بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل تصح كفالة الكتاب اذا وقعت الخصومة على صورته لاقامة الشهادة عليها ويكون هذا من كفالة الاعيان فليلاحظ ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبدن المحبوس لا مكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ﴾ أي تجوز الكفالة به لان تسليمه ممكن بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ان اراد فهو معطوف على كل من يجب لاعلى زوجه وظاهره ان لافرق في ذلك بين كون الحبس ظالماً أو بحق وبه جزم في جامع المقاصد وقال الشهيد يمكن تسليمه بغير أمره اذ لا ضرر على من حبسه قلت يبقى الكلام في تصوير فائدة الكفالة وفي (التذكرة) تصح الكفالة بيدن الغائب والمحبوس وان تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز من المعسر ضمان المال وهو لعله غير ما في الكتاب كاهو الظاهر والمانع من صحة كفالة المحبوس والغائب ابو حنيفة ولعله لعدم ظهور الفائدة بناء على ما في الكتاب أو لعدم الفائدة في الحال بناء على ما في التذكرة وجمعها عدم امكان التسليم أو التسليم المفيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو عبد آبق ﴾ أي لو تكفل بيدن عبد آبق لملكه صح ويلزمه السعي في رده ويأتي فيه ما قيل في كفالة الزوجه كذا قال في التذكرة وفسر العبارة في الحواشي بما اذ كان العبد معتاد الاباق فيكفله شخص لمولاه فانه يصح وهو معنى صحيح ولعل هذا من كفالة الاموال ﴿ قوله ﴾

أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص ولا يشترط العلم بقدر المال فان الكفالة بالبدن لآبه ولا تصح على حد الله تعالى والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان عين المنصوب والمستام ليردها على مالكها (متن)

﴿ أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص ﴾ اذا كان عليه عقوبة فان كانت من حقوق الله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب لم تصح الكفالة بيده عليهما عند علمائنا أجمع كافي التذكرة لان الكفالة للتوثيق وحقوق الله سبحانه مبنية على الاسقاط وينبغي السعي في دفعها ما أمكن كما عرض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما عجز بالرجوع والانكار ولما استسمع وان كانت العقوبة من حقوق الأدميين كالقصاص والقذف فقد قرب في التذكرة ثبوتها في القصاص والاولى الجزم به كالكتاب لان الحق للمقتص وله تعجيله وتأخيرها وجزم بان الحد لا تصح الكفالة به ونسبه الى أكثر العلماء واستدل بما روي من طريق الخاصة والعامه من ان الكفالة في حد قلت ولانه لا تأخير في حد وهذا غير من يدعى عليه الحد في حقوق الناس فانه تصح الكفالة بيده لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدعي حقه عليه بالبينه والاقرار

﴿ قوله ﴾ ولا يشترط العلم بقدر المال فان الكفالة بالبدن لآبه ﴾ والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض يعرض كعدم احضاره المكفول بل لو غرماه لولم يحضر المكفول فوجوبه بذلك لا بالكفاله وقد جوزوا ضمان المجهول مع انه التزام بالمال ابتداء فالكفالة التي لاتعلق لها بالمال اولى وعن بعض الشافعية عدم صحة كفالة من عليه حق مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله ونوه على انه لو مات غرم الكفيل ماعليه وهذا عندنا غير صحيح والحكم المذكور مصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير ﴿ قوله ﴾ ولا تصح على حد الله تعالى ﴿ كما عرفته فيما سلف ﴿ قوله ﴾ والاقرب صحة كفالة المكاتب ﴿ كما في التذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك بل نفاهر التذكرة الاجماع عليه وتردد في الشرائع ومنع ذلك الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه بناء على ان له تعجيز نفسه (حجة الاولين) انه اما عبد أو مديون والاول ادخل في استحقاق الاحضار والثاني ظاهر وانه يصح ضمانه فصحة كفالته اولى وقد تقدم غير مرة ان ليس له تعجيز نفسه ومحل النزاع المكاتب المشروط وأن أطلقوا الكلمة كما في المسالك

﴿ قوله ﴾ ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام ﴿ قال في (التذكرة) ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام والعارية بشرط الضمان تصح كفالته فيكون في غير الاقرب هنا وقضيته اطلاقها أي الكتاب والتذكرة انه لافرق في صحة كفالته بين قولنا بصحة ضمان الاعيان المضمونة وعدمه اما على الاول فلا بحث في صحة الكفالة واما على الثاني فلان عليه حقا وهو الرد فيدخل تحت الضابط ووجه غير الاقرب وهو عدم صحة كفالته ان الذي عليه ليس هو الاعيان لتؤخذ منه عند عدم الاحضار لو قلنا نغرم اذ المفروض عدم صحة ضمانها وهو كما ترى ضعيف جدا اذ لا يلزم من عدم صحة ضمانها عدم كفالة من هي يده فيجب عليه احضاره ليردها فكانت كفالة الزوجة

﴿ قوله ﴾ وضمان عين المنصوب والمستام ليردها على مالكها ﴿ أي الاقرب صحة ضمانها ليردها وبه جزم في التذكرة هنا وقد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في باب الضمان واحتمال ان يراد من العبارة صحة كفالة عين المنصوب والمستام بعيد جدا لان شرطها التعهد بالنفس وعلى ماصورناه آنفا

فان رد برأ من الضمان وان تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب لعدم دون الوديعة والامانة ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يتم البينة بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور عليه والكفالة بيدن الميت اذ قد يستحق احضاره لإداء الشهادة على صورته والاطلاق يقتضي التمجيل فان شرط أجلا وجب ضبطه والتسليم الكامل في بلد العقد (متن)

لاوجه لتخصيصها بالذ كرتأمل وقد يكون من باب كفالة العبد الآبق ﴿ قوله ﴾ فان رد برأ من الضمان وان تلفت ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب لعدم ﴿ كوت المكفول كما ذكر ذلك كله في التذكرة ولعله انما أعاده في الكتابين ليبين ما قر به هنا والا فقد تقدم أن معنى ضمانها ردها مع البقاء والقيمة مع التلف وهنا قرب عدم الزامه بالقيمة مع التلف لان الواجب الرد لان الضمان انما كان له فاذا تعذر بالتلف لم يجب شي آخر كما لومات المكفول هذا ولو قلنا بالصحة كفالة آنچه الثاني لكن القول به بعيد كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون الوديعة والامانة ﴾ يعني لا يصح ضمان الوديعة والامانة كما تقدم بيانه في باب الضمان مسبقا وهذا وفي (التذكرة) تصح كفالة المستودع والامين لوجوب رد الوديعة عليه وهو مقام آخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يتم البينة بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور عليه ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة قال والاصل فيه ان المنكر يجب عليه فصل الخصومه فاذا رضي بتأخيرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها غير لازمة اذا طلب الفصل في الحال وهو الذي نقله قطب الدين عن املاء المصنف حكاها عنه الشهيد والانيان بأن الوصية لانه أخفى من السكوت ولولم يحضره لا يفرم لعدم ثبوت الحق حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ والسكفالة بيدن الميت اذ قد يستحق احضاره لأداء الشهادة على صورته ﴾ كما في التذكرة في أثناء كلام له والحواشي وجامع المقاصد وذلك حيث يكون الشاهد تحمل الشهادة على صورته فيستوفي من ماله ما أتلفه نفسا أو مالا فلو مات معسرا فهل لا يجب احضاره لعدم الفائدة أو يجب استظهار الشهيد الوجوب ليعطى من الزكوة أو بيت المال ما يجب عليه وظاهرهم انه لا فرق بين أن يكون دفن أم لا ما لم تتغير صورته فاعلمه مستثنى من تحريم النيش ولم يبيدوا لنا ما اذا لم يحضره واملهم يقولون بعدم غرامته لعدم ثبوت الحق بعد كما تقدم مثله ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاطلاق يقتضي التمجيل ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير وغيرها وفي (مجمع البرهان) كأنه لا نزاع فيه وقد سمعت ما في السرائر انه حق اليقين ووجهه انه ينصرف الى انه كفيل الآن لان ذلك هو المتبادر منه لان كان مقتضى الاطلاق عرفا كما هو الشأن في سائر العقود ويبقى الكلام في صحتها حاله وقد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط أجلا وجب ضبطه ﴾ اجماعا كما في المسالك ومجمع البرهان والمفاتيح و به صرح في الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وغيرها لاستلزام الجهل به القرار المهبي عنه في الشريعة في المجهول مطلقا وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة والنقص كادراك الغلات ومجيء القوافل واكتفى بعض العامة بالاجل المجهول لاشتمالها على التبرع فيسماح فيه كالعارية وهو قياس مع الفارق لانها غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستأجر في الاجل وان كان معلوما ولا يشبه هذا ضمان المجهول الذي يمكن استعماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ والتسليم الكامل في بلد العقد ﴾ أي والتسليم الكامل

ولو عين غيره لزم وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والاطلاق وعند الاجل في المؤجلة ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق أراداه المستحق أو كرهه ( متن )

لا يكون الا في بلد العقد وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل ويحتمل أن يكون معطوفا على الفاعل حتى يصير التقدير وجب التسليم الكامل والاحسن أن يكون معطوفا على التعجيل كما قيل مثله في السلم والقرض وغيرها وهو الموافق للواقع كما ستمسح وإذا أطلق الكفالة ولم يبين موضع التسليم وجب تسليمه في بلد العقد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانصراف الاطلاق اليه ولو شرط كان أكد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عين غيره لزم ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد للزوم الوفاء بالشرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والاطلاق ﴾ الوجه فيه ظاهر وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير وكذا التذكرة ولعل أو أولى من الواو ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعند الاجل في المؤجلة ﴾ أي بعد الاجل كما في الشرائع وهو قضية ما في المبسوط والسرائع والتذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق ارادة المستحق أو كرهه ﴾ أما خروجه عن العهدة بتسليمه تاما فقد صرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد واللمعة وغيرها مما تأخر وهو المعلوم من كلام من تقدم والمراد بالتسليم التام كما هو حاصل ما في التذكرة والمسالك والروضة وغيرها أن يكون في الوقت والمكان المعينين ان عينها في العقد أو في بلد المقدم مع الاطلاق وفي أي وقت شاء مع الحلول مطلقا ولا يكون للمكفول له ما نفع من تسلمه بأن لا يكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبسه ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول وضمان المكفول له ونحو ذلك قالوا فاذا سلمه كذلك برأ لانه أتى بما وجب عليه وظاهره أنه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة وظاهر الكتاب حيث قال أراداه أو كرهه واستشكل فيه في التحرير واختلفوا فيما اذا لم يتسلمه ففي المبسوط والسرائع اذا لم يقبل أشهد عليه رجلين انه سلمه اليه وامتنع وفي (التذكرة والمسالك والروضة) انه ان امتنع سلمه الى الحاكم وبرأ فان لم يمكن أشهد عدلين باحضاره له وامتناعه من قبضه لكن في الاولين أعني التذكرة والمسالك ان الاقوى الاكتفاء بالشهاد وان قدر على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره واستوجه في جامع المقاصد وفي (التحرير) انه ان امتنع من تسليمه برأ الكفيل على اشكال ولا يفترق الى اشهاد ولا اذن الحاكم انتهى ( قلت ) أما وجوب التسليم الى الحاكم فلا دليل عليه لانه تأخير احضاره الى أن يطالبه وأما جواز دفعه الى الحاكم ووجوب قبوله عليه فهو الموافق لاصول المذهب وقد قالوا في باب الدين والسلم والنسيئة انه ان امتنع قبضه الحاكم صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وفي (الشرائع) وغيرها قبضه الحاكم ان سئل وفي (المختلف) وغيره التصريح بوجوب دفعه أي الدين الى الحاكم ومنع في السرائع وغيرها من اجبار الحاكم المستحق على قبضه أي الدين لكن جماعة هناك كالفيد والديلمي وابن حمزة والمحقق في النافع لم يتعرضوا للحاكم أصلا قالوا بل يكون من ضمان صاحب الدين اذا عينه له ومكنه منه ولم يقبضه وواقفهم عليه جماعة لما ذكره هنا في التذكرة كما سمعت هذا وقد قال هناك جماعة انه حيث يقبضه الحاكم يخلي بينه وبينه وآخرون انه

وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن ان حرمتا التبش لاخذ المال  
وبتسليمه نفسه تسليماً تاماً وبراء المستحق لاحدها (متن)

يحفظه له في بيت المال وحيث يقبضه هنا فالذي ينبغي أن يقال انه يحضره ويقول له هذا غريمك فاما  
أن تطالبه بمالك من مال ونحوه والا خليت سبيله وأما الاشهاد فكذلك أي لا يجب ان كان المراد  
شرطيته وان كان المراد اسقاط مطالبته مرة ثانية حتى لا يؤخذ به في ظاهر الشرع أو ظمناً في نفس  
الامر فلا مانع منه لانه ارشاد وقد نبيه على ذلك الشهيد في باب الدين ولم يتعرض له سواء هناك  
﴿ قوله ﴾ ﴿ وبموت المكفول ﴾ أي يخرج عن العهدة بموت المكفول فانه اذا مات بطلت الكفالة  
ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الاجماع في الغنية والحكم صرح في المبسوط  
وغيره وفي (التفتيح) انه المشهور ونفى عنه الخلاف في الرياض لانه تكفل بيده على أن يحضره وقد  
فات بالموت ولانه قد سقط المحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل ولان المتبادر من الكفالة انما هو  
الاحضار في حال الحياة وهو المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق عليه ويبقى الكلام فيما اذا حضر  
الاجل فطالبه فاطل في احضاره مع تمكنه منه حتى مات ﴿ قوله ﴾ ﴿ في غير الشهادة على عينه ﴾  
يريد أن الخروج عن العهدة بموته انما هو في غير الشهادة على صورته وعينه لدلالة ذلك على عدم  
الاختصاص بحال الحياة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو فيها بعد الدفن ان حرمتا التبش لاخذ المال ﴾ يريد ان  
هذا لم يدفن فان دفن وحرمتا التبش لاخذ المال لم ينش هنا أيضا فيخرج عن العهدة بدفنه وفي (جامع  
المقاصد) انه يشكل بأن نبش الميت للشهادة على عينه من الامور المستثناة بالاستقلال غير متفرعة على  
جواز التبش لاخذ المال فلا يلزم من تحريم التبش ثم نحرمة هنا وقد سبق في أحكام الجنائز جواز  
التبش لكل منهما فلا يبرأ بدونه نعم او علم تغير صورته بحيث لا يعرف برأ الكفيل حينئذ ﴿ قوله ﴾  
﴿ وبتسليمه نفسه تسليماً تاماً ﴾ كما في التحرير لان المقصود رده الى المكفول فلا فرق بين حصوله في  
يده بالكفيل أو بنفسه وهو خيرة مجمع البرهان والتذكرة في أول كلامه وقيد في المبسوط وجامع المقاصد  
وموضع من التذكرة بما اذا سلمه نفسه عن جهة الكفيل كأن يقول سلمت اليك نفسي عن جهة الكفيل  
قال في (المبسوط) لانه يكون نائبا عن الكفيل بهذا التسليم والنيابة صحيحة وفي (التذكرة وجامع المقاصد)  
انه لو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لانه لم يسلمه اليه ولا أحد من جهته لكنه في الاول  
قال الوجه ما قلناه أولا (وكيف كان) فظاهرهم انه يجب عليه القبول لو سلم المكفول نفسه واعله لوجوب  
التسليم على كل منهما فاشتركا في ذلك فتي آداه أحدهما برأ الآخر ولا يضر كون الوجوب على  
المكفول في الكفالة تبعا للوجوب على الكفيل ولا معنى للوجوب عليهما الا وجوب القبول عليه فتأمل  
وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه لو سلمه أجنبي لاعتن الكفيل لم يبرأ الكفيل وان سلمه عن جهة الكفيل  
فان كان باذنه فهو كما لو سلمه بنفسه اذ لا يشترط المباشرة وان كان بغير اذنه لم يجب على المكفول له  
القبول لانه لا يجب عليه قبض الحق الا من عليه لكن لو قبل برأ الكفيل ولا يبعد كما في مجمع البرهان  
انه لو سلمه الاجنبي لاعتن أي الكفيل انه يبرأ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبراء المستحق لاحدها ﴾ اذا  
أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة كأن يقول أبرأته برأ ويبقى الكلام في تعلق البراء بمثل ذلك  
والظاهر تعلقه بذلك ونحوه من الحقوق كما سنشير اليه في باب الصلح وكذا اذا اعترف بالبراء كأن

ولا يبرأ بالتسليم ودونه يدغالبه مائنة ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط وان اتقى الضرر على رأي ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته ان عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا ان كانت مؤجلة أخر بعد الحلول بقدر ذلك ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه (متن)

يقول أبرأته أو برأ الي أو بالرد كأن يقول رد الي المكفول به واذا أبرأ المكفول به من الحق الذي كفه الكفيل عليه برأ الكفيل أيضا كما في المبسوط والتذكرة لسقوط الحق المتقضي لبطلان الكفالة قوله ﴿ ولا يبرأ بالتسليم ودونه يدغالبه مائنة ﴾ كما في الشرائع وغيرها ووجه ظاهر وقد تقدم قوله ﴿ ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط وان اتقى الضرر على رأي ﴾ هو خيرة الشرائع والتذكرة والمختلف والايضاح والحواشي وجامع المقاصد وخيرة التحرير في الاجل لانه تعرض فيه له لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به ولا يجب قبوله وخالف فيهما الشيخ في المبسوط والقاضي قال في المبسوط اذا لم يكن ضرر لزمه تسلمه قبل الاجل وفي غير المكان وهو قول لبعض العامة حكاة في التذكرة وقد تقدم لهم في باب القرض ماله نفع تام في المقام ويشهد لكلام الشيخ قوله ﴿ ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لفرق بين الحبسين لان الحاكم لا يمنع من احضاره ومطالبته بمقتضى بخلاف الظالم فاذا طالب أي المكفول به الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت الحكومة رده الى الحبس الحق الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه بهما ونوقف على تخليصه منهما كما في التذكرة وغيرها ولو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما في حبس الظالم فقد يجرونه مجرى المحبوس وقد لا يجرونه كما تقدم مثله فيما اذا سلم نفسه أو تسلمه وعلى الاول يكون اطلاق كلامهم مبنيا على العالب من تعذر تسلمه تاما كذلك قوله ﴿ ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته أن عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا أن كانت مؤجلة اخر بعد الحلول قدر ذلك ﴾ كما ذكر جميع ذلك في المبسوط والتذكرة والمسالك وجمع البرهان والشرائع والحري والارشاد لكن لم يذكر في الثلاثة الاخيرة التفييد بمعرفة مكانه كنه مراد فيها قطعاً وبذلك كله قال عامة اهل العلم كما في التذكرة وقال انما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك ان كان غائبا غيبة منقطعة كأن لا يعرف موضعه ويتقطع خبره لم يكاف الكفيل احضاره لعدم الامكان أي لانه تكليف لا يطاق ولا نبيء علمه لانه لم يكفل المال ونحو ذلك ما في المسالك وجمع البرهان وهو ظاهر الباقي ولا فرق في العائب المعلوم محله من التجاوز لمسافة القصر وعيره كما في التذكرة والمسالك والمخالف بعض الشافعية قوله ﴿ ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه ﴾ كما في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والهمة والروضا وظاهر هذه الكتب انه اذا أدى ما عابه وجب على المكفول له القبول ويبرأ الكفيل بذلك وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه اذا لم يرض يدفع المال وطلب احضاره الزمه الحاكم باحضاره وفي (المسالك والمغاتيح

(والرياض) انه اقوى وفي (الروضة) انه قوي وفي (مجمع البرهان) انه ليس يعيد والظاهر انه لا خلاف بينهم في جواز الاكتفاء عن الاحضار باداء ما عليه اذا رضي به المكفول له وانما الخلاف فيما اذا لم يرض (حجة الاولين) أن الغرض حاصل فكان كما لو ادى دين الغريم اجنبي نعم أن قيل هناك بعدم وجوب القبول امكن هنا بل لعله أي احتمال الوجوب هنا اقوى لانه يريد الخلاص من الكفالة والظاهر ان المكفول له قد انعقد ضميره على ذلك من حين الكفالة لان الظاهر ان مقتضاها لزوم المال أن لم يحضره فالزامه بالاحضار تكليف واضرار وقد يكون لا غرض له الا اللجاج الا ان تقول انه اذا علم منه ذلك لم يجب قائل مضافا الى انه قد يتعذر ذلك عليه فليتأمل (وحجة) ما في التذكرة انه قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء أو بالاداء من الغريم بخصوصه فان الاغراض قد تتفاوت اذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف انه أن ظهر مستحقا لا يقدر على اخذ بدله منه ولانه مقتضى الشرط وهذا اقوى ويتقدح من ذلك انه لا يجب قبول الحق عن غير من هو عليه (وبؤيد) هذا القول أو يدل عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام قال اتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال اطلب صاحبك وروى الشيخ مثله وكذا الصدوق في الفقيه عن سعد ابن ظريف ونحو ذلك ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهذه الاخبار على كثرتها واعتبار سند بعضها وانجبار ضعف ما فيها بعمل العلماء ليس فيها تخيير للكفيل بين الاحضار واداء المال بل انما فيها الامر بالاول خاصة وقد يقال باحتمال ورود الامر والالزام بالاحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال فلا دلالة فيها على لزوم الاحضار على الاطلاق والظاهر أن الحبس للحاكم فيحبسه الى أن يحصل ما يقتضيه مذهبه (وليعلم) ان مختار الشيخ ومن وافقه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالتقصاص وزوجية المرأة والدعوى بمقو به توجب حدا أو تمزيقا فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان أن لم يكن له بدل اما ماله بدل كالدية في القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة فانه يجب عليه البدل كما نبه عليه المصنف في التذكرة وجماعة ثم على تقدير كون الحق مالا واداء الكفيل برضى المكفول له أو مطلقا فان كان قد طالبه بالاحضار وادى باذن المكفول عنه رجع عليه وان كان قد كفل بغير اذنه وكذا أن ادى بغير اذنه مع كفالته باذنه وتعذر احضاره والمراجعة اليه لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها أو يكون من باب الاسباب بناء على ما مر في التذكرة ولا رجوع له الا في هاتين الصورتين اما اذا انتفى الامر وطالبه وامكنه احضاره ولم يحضره لم يرجع عليه وكذا اذا كفل باذنه وادى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ومثله ما اذا تعذر عليه احضاره مع عدم اذنه في الكفالة ولم يطالبه المكفول له اما اذا طالبه وضيق عليه فانه يرجع عليه كما في التذكرة والكتاب في آخر الباب وجامع المقاصد لانه ادى دينه بأذن شرعي فيستحق الرجوع عليه ونسبه في المسالك الى ظاهرهم وفيه تأمل والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا وان تكفل بغير الاذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفالة بالمال اولا وبالذات وان حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداء باذن المديون فله الرجوع بخلاف الضمان لا انتقال المال به الى ذمته فلا ينفعه الاذن في الاداء بعده لانه كأذن الاجنبي البريء للمديون في اداء دينه كما نبه على ذلك في التذكرة وغيرها ويأتي في آخر الباب الاشارة الى بعض ذلك وينبغي ملاحظة جميع ما ذكر بالنسبة الى ما في التذكرة وغيرها من المذهبيين لان ما في التذكرة يقضي بانه ليس من مقتضى الكفالة



ولو قال ان لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار ولو قال علي " كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال (متن)

المال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أن لم أحضره كان علي " كذا لزمه الاحضار ولو قال علي " كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال ﴾ يعني أن لم يحضره كما في النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشي الكتاب واللغة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد الا ان الثلاثة الاخيرة خلت كالكتاب عن القيد الذي قيدناه وهو مراد فيها ما عدى الاخير وستسمع كلامه وهو المحكي عن القطب والى ما في النهاية يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب (قال القاضي) أن قال أن لم أحضره في وقت كذا فعلي " كذا تقدم ذكر الوقت واخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الا احضاره دون المال وأن قال علي " كذا أن لم أحضره في وقت كذا تقدم ذكر المال واخر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره المال الذي ذكره وقال في (الوسيلة) أن قدم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم لزمه المال فان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال وفي (المهذب البارع) في شرح عبارة النافع أن المسئلة اجماعية وفي (جامع المقاصد) في شرح عبارة الكتاب هذا مروى من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفي (حواشي الارشاد وجامع المقاصد) ايضاً ان الفارق بين المستلثين الاجماع والنص ونحوه ما في غاية المرام فيما حكى عنها وظاهر كشف الرموز والتنقيح وايضاح النافع الاجماع على ذلك حيث نسب فيها الى الاصحاب وفي (الغنية) دعوى الاجماع في المسئلة أو احد شقيها لكن العبارة غير تقيية عن الغلط فلم نقلها ابعده هذا كله يصح لصاحب المسالك أن يمنع الاجماع ويقول ان احدا من الاصحاب لم يدعه وانما ادعاه ابن فهد وتبعه الشيخ علي ثم يتعجب منهما ويقول أن الموجود كلامهم في المسئلة جماعية يسيره والباقون لانعرف حكمهم فيها مع انه سبه في الروضة الى المشهور واستند في منع الاجماع في المسالك الى خلاف ابي علي الذي لا يزال مخالفاً وقال أن المحقق له في المسئلة قولان لانه ترك القيد الذي قيدناه به عبارة الكتاب في الشرائع واثبته في النافع وقال ان للعلامة اربعة اقوال باعتبار القيد المذكور وعدمه فانه ذكره في التذكرة والتحرير واهمله في الارشاد والكتاب فكان له بذلك قولان ولانه استنسب مذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره الى تطويل ستسمع حاصله عن قريب ولانه حكى عن ولده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم أحضره فعلي عشرة دنانير مثلاً فهنا لا يلزمه المال اجماعاً لانه التزم بما ليس عليه وأما الثانية فلانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلاً فكانه قال علي الدينار الذي عليه ان لم أحضره فجعل هذا الاحتمال في الرواية قولاً له رابعاً كما جعل استنسابه مذهب ابي علي قولاً وقطع بذلك الطريق على المتأخرين عنه وأنت قد عرفت الحال في ذلك وان غاية ذلك الاختلاف في الاطلاق والتقييد وهو لا يوجب المخالفة في أصل الحكم مع احتمال عدم المخالفة والاتفاق كما هو الظاهر على اعتبار ذلك القيد وتركه في تلك الكتب لتقدم الشرطية فيها حيث قيل فيها ان لم أحضره قبل الحكم مضافاً الى استدلالهم على ذلك بالموثقين المذكور فيهما القيد والامر في ذلك واضح ثم ان لنا في كلامه في المسالك مناقشات يطول بذكرها الكلام وهي لا تخفى على المتأمل فقد تطابقت الفتوى والاجماع من صريح وظاهر على مورد واحد وهو الحكم مع القيد

كما هو واضح وان أبيت قلنا على أصل الحكم لا وصفه من أحد الأمرين ثم ان اجماع الشيخ علي انما حكاه على العمل بالمروي كما سمعته فكان واقعا على الحكم مع التقييد ثم قال ولا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ ومثل هذا انما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيرا الى النهي والاجماع ثم حكى عن ابن الجنييد انه اذا بدأ بالضمان للمال ثم عقبه الكفالة انه يصح ضمنا وكفالة واذا بدأ بالكفالة ثم علق الضمان أن الكفالة تصح ويطلق الضمان وحكي عن المختلف انه قال ان كلامه أنسب ثم أورد على الاول انه اذا صح الضمان برأ المضمون عنه فأبي معنى للكفالة ثم قال ويمكن أن يقال ان السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولنافاة الضمان صحة الكفالة وكيف كان فالذهب ما عليه الاصحاب انتهى فاجماعه حيث حكاه على المروي في محله وما استنبطه من السر لم يصادف محله على انه قد يكون ذلك منه في بيان حال كلام أبي علي كما يرشد اليه قوله وكيف كان فالذهب ما عليه الاصحاب وان احتاج ذلك الى تجشم شديد وكيف كان فهذا لا يقدح في اجماعه ولا يناسب صاحب المسالك أطالة الكلام عليه في ذلك وان قدح في اجماعه وما كان ليكون فلا يقدح في الاجماع الاخر (وأما الاخبار) فهي مرواه الشيخ عن أحمد عن البرزطي عن داود ابن الحصين عن الباق عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء به الى أجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا أن يبدأ بالدرهم فان بدأ بالدرهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله ورواه في الفقيه عن داود ابن الحصين وليس في سند التهذيب من يتأمل فيه غير داود ابن الحصين وقد قال (جش) انه ثقة والشيخ انه واقفي فهو ثقة واقفي فيكون الخبر موثقا وهو حجة بل الظاهر انه صحيح لأن (جش) أضبط من الشيخ مصنافا الى انه يروي عنه من لا يروي الا عن ثقة كصفوان وجعفر ابن بشير والبرزطي ولعل حكم الشيخ مأخوذ من ابن عقده وليس في طريق الصدوق الى داود ابن الحصين من يتأمل فيه سوى الحكم ابن مسكين وهو كثير الرواية ومقبولها وصاحب كتب متعددة وقد قال الشهيد لما كان كثير الرواية ولم يرد فيه طعن فانا عمل على روايته وقال أيضا ان الكشي ذكره ولم يطن فيه فذكره غير قادح ولا موجب للضعف وقال الاستاذ قدس سره في تعليقه أن رواية ابن ابي عمير عنه أشعرا بتوثيقه ويؤيده رواية ابن محبوب وابن فضال وابن ابي الخطاب عنه فكان الخبر في الفقيه حسنا فقوله في المسالك أن في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالها غير صحيح لان سنده لاجهالة فيه ولا ضعف وستسمع حال سند الاخرى وهي مرواه الشيخ وثقة الاسلام عن محمد عن (كا) حميد ابن زياد عن ابن سماعه عن الميثمي عن أبان عن الباق قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فلي خمسائة درهم كافي التهذيب وفي (الكافي) ان جئت به والا فليك خمس مائة درهم وفيها معا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال علي خمس مائة درهم ان لم أدفعه قال يلزمه الدرهم أن لم يدفعه وحيد ابن زياد ثقة أو موثق وكذلك أحمد بن الحسن الميثمي والحسن بن محمد بن سماعة واقفي ثقة وأبان ابن عثمان ممن أجمعت له العصاة وحاله أشهر من أن يذكر فالخبر موثق بل قال المقدس الاردبيلي ان في نسخة الكشي التي عنده انه كان قادسيا أي من القادسية فلا يكون ناووسيا فهذان الخبران مشهوران رواية وفتوى ظاهران فيما فهم منهما العلماء

الاقدمون الاجلاء الكبار العارفون بمعاني الاخبار فلا يلتفت الى ما يرد عليهما من حيث مخالفتها للقواعد الشرعية والعربية فكم من نص خرجنا به عنهما وليس كاذب في أعلا مراتب القوة من جهة فتوى الطائفة وأجماعتهم مع اعتبار السند ولا حاجة بنا الى التكاليف الصادرة عن جماعة في تطبيقها على القواعد مع تضمن بعضها اخراجها عن مظاهرها كما ستسمع (وما يقال) ان مفهوم الشرط في الرواية الأولى انه ان لم يجزى به لزمه المال فقد دل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبدوه من الفرق (ففيه) ان قوله عليه السلام وهو كفيل بنفسه أبدا الا أن يبدأ بالدرهم فهو له ضامن يدفع هذا المفهوم فكان المراد بهذا الغائه وتدكير الضمير في له بتأويل الدرهم بالمال وتقييد الضمان بمد الاتيان به في الأجل مع ثبوته من حين العقد من باب المساهلة في العبارة ولا نظر فيه الى اعتبار المفهوم ويحتمل ان يرجع ضميره الى المدينون وكذلك الضمير المستتر في لم يأت أو يرجع الأول الى المال والثاني الى المدينون ويكون المقصود ان الرجل ضامن للمدينون أو المال بمعنى انه يجب عليه الأتيان بالمال ان لم تبرع المدينون بالاتيان بالمال في الاجل الذي أجله الضامن والتقييد بالشرط مبني على تبرع المدينون باداء المال حيث كان المال عليهم والضامن في كثير من الاحوال الى مصلحتهم وهذا الاحتمالان يفوتان القيد الذي بنى عليه الاصحاب (وأما الرواية) الثانية فليس الكافي مخالفا فيها للتهذيب في الصيغة الثانية التي هي محل النظر بالنسبة اليهما وأما الأولى فلا بحث فيها بالنسبة الى الكافي وصاحب الوافي قلب الامور مع ما فيه من الفساد الواضح من اعتباره في الفرق عدم القبول قال ويخطر بالبال ان مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخير عنه كما فهموه بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدرهم من قبل نفسه مرة والزام المكفول له بذلك من دون قبوله مرة أخرى كما هو ظاهر الحديث الثاني على رواية الكافي والحديث الاول وان كان ظاهره خلاف ذلك الا انه يجوز حمله عليه فان قول السائل فان لم يأت فعليه كذا ليس صريحا في انه قول الكفيل وعلى تقدير أبائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوي وسوء تقريره فان مصدر الخبرين واحد والسائل فيهما واحد وأما على نسخة التهذيب التي نشأت منها تكاليف الاصحاب فلا يتأثر هذا التوجيه والظاهر انه من غلط النسخ (وليعلم) ان ابن ادريس قال في آخر كلامه هذان الخبران اوردهما الشيخ في التهذيب وفي نهايته أورد عبارة ملتبسة في هذا المعنى وقه ذلك ما ذكرناه وقد كان ذكر في أول كلامه الفرق بين الصيغتين بما نصه انه بدأ في الاولة بضمان النفس قبل المال وفي الثانية بضمان المال أو لا فقال علي كذا قال فافترقا كذا الامران وغرضه بيان الفرق بين الصيغتين وتصويره وأن مناطه تقديم الشرط وتأخير لان ذلك محل اشتباه لان الشرط لا فرق فيه بين ان يتقدم أو يتأخر وليس غرضه بيان الوجه في الفرق بين المستثنين فما انصفوه حيث قالوا انه فرق بنفس الدعوى لا يتحصل له فائدة وأول من طعن عليه المحقق وتلميذه غير ملاحظين آخر كلامه والافتل ذلك لا يخفى على أصاغر الطلبة وقال أيضا في (السرائر) لا بد من أن تكون الدرهم التي لزمته في الموضوع المذكور ضمنا عما وجب له في ذمة المضمون عنه ثابتة في ذمته حتى يصح ضمانها لانا قد بينا ان ضمان مالم يجب ولا يثبت في الذمة لا يجوز قلت وهو صريح غيره ومن لم يصرح به فهو مراد له لما ذكر وفرق في التنقيح بفرق قال انه حسن ولم يذكره أحد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقبها بالزامة بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة

ولومات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته (متن)

لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يأت به وأما الثاني فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متأخر فهي أما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله علي كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت اليه فانه كمتعقب الاقرار بالمتأني ولا يخفى ما في هذا الفرق لانه لا يتم في الرواية الثانية لان قوله فقال من باب توضاً ففسل وجهه ويديه وقال في (المسالك) الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبها ما ذكر في الاشرط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى القسمين فان التكفل اذا أطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذلك لفظ يوجهه الى آخر ما ذكره وأطال فيه فمن أراد الوقوف عليه فليرجع اليه (ويرد) عليه ما يرد على التفتيح وزيادة كما ستسمع في كلام المولى المقدس الاردبيلي فانه ذهب الى عكس ما في المسالك وان ذلك ليس كفالة بوجه قال ان القول بمقتضى القوانين ان يقال ان كان التعليق مطلقاً مطلقاً للكفالة والضمان فالمسئلتان باطلتان لذلك الا ان وقع صيغتهما بمثل هذه الشرطية فيعمل بها ويحكم ببطلان الشرطين وان جوز مطلقاً أو بخصوصهما لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي ان يكون الحكم في الصورتين بالزام الحق المضمون وضمانه ان لم يحضره في الاجل ولما يكلف بالاحضار ولا يكون كفالة بوجه ولكنه ان أحضره قبل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط ولا يعد حمل الرواية الاولى على هذا بان يحمل قوله وهو كفيل بنفسه ابداً فانه (بأنه خـل) (على انه خـ) لا يخلصه من تسليم الدراهم الا احضاره وكذا الثانية بان يكون المراد بقوله ولا عليه شيء من الدراهم ان يجيء به والظاهر ان المراد لتوافق الاولى وانه يرجع حاصل الروايتين فيهما أي الصورتين الى أمر واحد والتخالف في الحكم في ظاهر الروايتين انما هو بحسب الظاهر لا بحسب نفس الامر لوجود تغيير ما في لفظها لانه ليس بمقول عنه عليه السلام لفظاً بل معنى ثم احتمل ان يكون المراد سبق ذكر الكفالة في الاولى بان قال علي نفسه ثم قال فان لم أحضره فعلي كذا وفي الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله علي المال مثلاً ولا حكم للشرطية ويكون ما فهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الاولى لحصول الغرض وهو استيفاء الحق كما انه مقتضى الكفالة وأن معنى قوله عليه السلام فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله انه ان سلم المال في الاجل تسلمه (وتسلمه خـ ل) والا فهو ضامن ولا بد من الخروج عن العهدة وكذا في الرواية الثانية قال ويمكن ان تكون الدراهم غير الحق الذي في ذمة المضمون عنه الى آخر ما قال (وقال صاحب الكفاية) في بيان الرواية الثانية ان الكفالة تقتضي احضار النفس وليس على الكفيل شيء سواه وحيث اشترط في ضمن العقد ان عليه خمسمائة درهم ان لم يحضره كان عليه الخمس مائة بشرط عدم الاحضار فكان كما لو نذر الحج في هذه السنة ثم نذر ان يتصدق باف دينار ان لم يحج في هذه السنة الى آخر ما قال وكلها تكلفات لا حاجة بنا اليها مضافاً الى ما يرد عليها

﴿ قوله ﴾ ولومات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته ﴿ كما في التحرير وجامع المقاصد وفي (التذكرة) انه الصحيح عندنا لانه حق للميت فينتقل الى ورثته كغيره من الحقوق لعموم آية الارث وقال بعض الشافعية ان الكفالة تنقطع لانها ضعيفة فلا يحكم بثبوتها ولا اقتضاها الاحضار اليه وقد تعذر وليس بشيء لانا نمنع ضعفها سائلاً لكن تنتقل الى الوارث ولو كانت ضعيفة ولا يسقط

ولو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن احضاره أو أداء ما عليه ولو كان قاتلا  
لزمه احضاره أو الدية (متن)

الحق بتعذر ايصاله الى مستحقه الاول ولم يرجح في الايضاح بقي هنا شيء وهو ان المستحق لو باع الدين أو أحال به غيره فان الكفيل يبرأ لان الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين لعدم المقتضي لانه لم ينتقل الى مشتري الدين سواء لاسائر الحقوق المتعلقة به مضافا الى أن الكفالة ليست حقا قابلا للنقل بالاختيار بخلاف الارث ففرق واضح بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث وبين انتقال الحق من المستحق يبيع أو غيره فان الكفالة هنا لا تنتقل كما سينبه عليه المصنف في آخر الباب والظاهر فيما اذا باعه غلته نفسه بقاؤها وبقي شيء آخر وهو انهم جميعا لم يتعرضوا لما اذا مات الكفيل فهل للمكفول له مطالبة ورثته بالاحضار اذا مات عن تركة وافية بالدين الذي على المكفول الظاهر انه ليس له ذلك لان ذلك حق متعلق بنفسه لا بماله وانما عاد في بعض الصور بالآخرة الى ماله وعليه نبه في التحرير في مسألة ترامي الكفالات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن احضاره أو أداء ما عليه ﴾ كما في الوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفالة والرياض وفي الاخير انه لا خلاف فيه وعلاه في التذكرة وتبعه عليه الجماعة بانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أو أو أداء الحق الذي بسببه تثبت اليد عليه وينبغي أن يكون الحكم كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لانه يفرض التخيير اليه من أول الامر على ماهو المختار من الترتيب بين الاحضار والاداء وما هنا لعله مبني على المشهور من أنه مخير من أول الامر أو على صورة التعذر كما سنسمع نحوه وحيث يؤخذ منه المال هنا فلا رجوع له على الغريم اذا لم يامر به بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع كما صرح بذلك في المسالك والروضة وفي (التذكرة) ما يخالف جميع ذلك قال ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا انتهى فليتأمل فيه جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قاتلا لزمه احضاره أو الدية ﴾ كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آنفا وبه طفحت عباراتهم في باب القصاص وقد روى ثقة الاسلام عن حر يز في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فدفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فدخلوا القاتل من أيدي الاولياء فقال أرى أن يجبس الذي خالصوا القاتل من أيدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قيل فان مات وهم في السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى أولياء المقتول وهو ظاهر في خلاف ما ذكره من التخيير بين احضاره وبين دفع الدية وظاهر في أنه مع حيوة القاتل ليس الحكم الا احضاره وتسليمه كما هو مقتضى الكفالة ومنه يفهم حكم المسئلة الاولى فان مرجع المسائلين الى أمر واحد وهو من أطلق من اعليه حق من يد غريمه قهرا فانه يضمه ويجب عليه احضاره وتسليمه لمن أخذه من يده أو ان للحاكم أن يجبسه كما يجبس الكفيل حتى يحضره لكن يدفع ذلك كله ان الحكم مخصوص بصورة التعذر ثم ان الخبر يدل على انه ليس كفالة لانها تبطل بالموت مع ان ظاهر جماعة وصريح آخرين كصاحب الوسيلة وصاحب اللمعة وكذا الروضة والمسالك وجمع البرهان

فان دفعها ثم حضر الغريم تسلم الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وان لم يقتل ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص ﴿فروع﴾ الاول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (متن)

بل التذكرة أيضا والكتاب لانه سماه كفيلا فيهما انها كفالة واحتمل الشهيد انسحاب الغريم الى الحال عليه فاحتمل ادخال هذا القسم في الحوالة لانه لو مات لم تبطل قليلا والاولى أن يقال ان هذه الكفالة القهرية لا تبطل بالموت كما انه هو الذي يوافق الاعتبار وكلام الاصحاب (هذا) ولا فرق بين كون القاتل عامدا أو مخطئا فلا يقتص منه في العمد لانه لا يجب على غير المباشر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) في بيان الوجه انه لما تعذر استيفاء القصاص وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا أو مات (قلت) ونحن قد اخترنا (١) في باب القصاص في باب العفو انه اذا مات ان الاصح سقوط الدية وانما اذا هرب وفر انها تجب في ماله ان كان له مال والا أخذت من الاقرب فالاقرب كما في موثقة أبي بصير وقد أوضحنا ذلك وبناه هناك بما لا مزيد عليه ثم ان استمر هار باذهب المال على المخلص ﴿قوله﴾ ﴿فان دفعها ثم حضر الغريم تسلم الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وان لم يقتل﴾ اذا تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل لانها وجبت لمكان الحلولة وقد زالت وعدم القتل الآن مستند الى اختيار المستحق كما صرح بذلك في التذكرة والمسالك والروضة واستشكل في التحرير قال واذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء فيه اشكال ثم قال وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر انتهى ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وقد تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه كتخليصه من يد المستحق ﴿قوله﴾ ﴿ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة لانه لم يكمله بقوله ولم يدفع برضاه ولم يكن المدفوع واجبا بالاصالة وانما وجب بعارض وهي الحلولة وان زالت وأما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر وسمى المصنف المطلق قهرا مكفولا مجازا لكنه سمي الخاص كفيلا والخبر يعطي انه ليس بكفيل كما عرفت وقد سمعت ما حكيناه آتفا عن التذكرة من انه لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا ولا تغفل عما في التحرير من النظر ﴿قوله﴾ ﴿فروع﴾ قد ذكر احد عشر فرعا بها يتم الباب ﴿قوله﴾ ﴿الاول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق﴾ قد صرح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لان الكفالة لا تصح الا مع ثبوت الحق والاصل في العقد الصحة لان الانكار راجع الى دعوى فساد الكفالة بعد صدورهما ليستقط عن نفسه وجوب الاحضار والمكفول له يدعي الحق المصحح للكفالة فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة الصادرة وفسادها والاصل في العقد الصحة (وعساک تقول) هو لم ينكر الدعوى وصحتها وانما أنكر الدين وذلك

(١) كذا في النسخ والظاهر اخترنا بغيرها (مصححه)

فان أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم ( الثاني ) لو تكفل  
اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر ( متن )

لا يقتضي بطلان الكفالة فلا تكون الدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها ( لانا نقول ) انكاره  
الدين مع اعترافه بالدعوى عبث لا معنى له لانه لا يؤثر في سقوط حق الاحضار فينبغي أن يكون غرضه  
في قوله لاحق لك عليه ابطال الكفالة ليستقط عنه وجوب الاحضار فلا بد أن يكون منكرا حقا يصحح  
الكفالة وهو اما صحة الدعوى أو المال والحق في عبارته نكرة يفيد العموم شامل للامرين هذا ( وعساك  
تقول ) قد تقدم في باب البيع والرهن والضمان ان التمسك باصالة الصحة في العقود انما يكون بعد استكمال  
أركانها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد وثبوت الحق من أركان الكفالة فليقدم قول الكفيل  
( لانا نقول ) ان ذلك انما يكون حيث يكون لمدعي الفساد أصل يستند اليه أو ظاهر يرجع اليه غير أصل  
البراءة كمن ادعى انه باع أو ضمن أو رهن حال الصبوة فان معه اصالة الصبا واصالة براءة الذمة  
وكن ادعى أن العقد وقع على الحر لظن الرقية لعدم العلم بعتمه من الوكيل ونحوه فان أصل الصحة  
لا يعارض ذلك لان مرجعه الى صحة فعل المسلم بمعنى انه لا يتصرف باطلا لانه يقال له ما تصرفت  
باطلا تامدا وما نحن فيه ليس للكفيل الا أصل البراءة وهو غير معتضد بأصل ولا ظاهر فكان مقطوعا  
قطعا باصالة صحة العقد المعتضد بالظاهر كما حررناه في أول باب الضمان على أن الحق ان هذه القاعدة  
غير محررة ولم تعرف من أحد غير المحقق الثاني كما حررناه وأوضحناه في باب الاجارة وهل يقتدر الى  
اليمين ففي ( مجمع البرهان ) انه لا يحتاج الى اليمين لان الكفيل معترف بالكفالة وهي من دون ثبوت حق  
في ذمة المكفول غير معقول فلا تسمع دعواه ولا يحلف له لان دعواه تخالف قوله وهو قوي وفي ( المبسوط  
والسرائر والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ) أن القول قوله مع يمينه ( قلت ) لعلهم أرادوا  
أن ما يدعيه ممكن وفي ( التحرير ) انه الاقرب وفي ( المسالك ) ان القاعدة تقديم قول المكفول مع  
يمينه ولو نكل ففي التحرير أن الوجه احلاف الكفيل مع احتمال بعيد ( قلت ) يريد انه يجوز أن يعلم  
الكفيل أن لاحق له على المكفول من قول المكفول أو من قرائن آخر ﴿ قوله ﴾ فان أخذ منه  
المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم ﴿ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة  
ولعل المراد في عبارة الكتاب ان ذلك عند قيام اليقينة واثباته عند الحاكم أو لعله بناه على الاحتمال  
المرجوح وفي ( التذكرة ) انه لو تمذرا حضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير يينة اشكال أقربه عدم  
الوجوب وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة لان الحق لم يثبت بحلفه السابق لانه لا ثبات حق  
في الجملة يصحح الكفالة و يكفي فيه توجه الدعوى ووجوب الاحضار عليه لا المال نعم لو أقام يينة به  
وأثبته عند الحاكم ألزم به ولم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم كذا قالوه ولي فيه  
تأمل اذ الحلف السابق صيره كفيلا واقعا فيجب عليه أداء المال اذا تعذر الاحضار كما هو ظاهر كلام  
المبسوط والسرائر والشرايع وغيرها مما لا يذكر فيه ما في التذكرة في موضع منها وظاهرها في موضع آخر  
كظاهر المبسوط بل هو أظهر منه ولا سيما اذا حلف على انه يستحق عليه المقدار الذي ادعى نفيه أو نحوه ثم انه اذا كان  
قد كفل باذنه فانه يرجع عليه سواء اعترف المكفول به أم لا ﴿ قوله ﴾ الثاني لو تكفل اثنان  
برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر ﴿ كما في التحرير والتذكرة والمختلف والايضاح والمعة

ولو تكفل لاثنتين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر (الثالث) لو ادعى ابراء المكفول فرد  
المكفول له اليمين حلف وبرأ من الكفالة دون المكفول من المال (متن)

وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية واستحسنه في الشرائع لان المقصود تسليمه وقد حصل  
حتى لو سلم نفسه أو سلمه اجنبي برأ الكفيل لحصول الفرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى  
وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسليمه عن نفسه وجهان وظاهر  
اطلاق القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً وهو متجه كما في المسالك وقد تقدم مثله وهو ما اذا  
سلم المكفول نفسه ومثله يأتي في وجوب قبول المكفول له وقبضه عن من لم يسلم اذا لا يجب عليه قبول  
الحق ممن ليس عليه أو بدله وقد تقدم مثله وهو ما اذا سلمه اجنبي بدون اذن الكفيل والقول بعدم  
البراءة للشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة والقاضي فيما حكى عنه لانه لا دليل عليه وقد رماه جماعة  
كالحقق الثاني والشهيد الثاني بالضعف (قلت) هذه الكفالة اما ان تكون وقعت على الترتيب أو دفعة  
لان الاصل وظاهر اطلاقهم جواز الامرين وعليهما يكون الشأن فيه كما لو كان بالدين رهنان فانفك  
احدهما فانه لم ينفك الآخر كما تقدم في الرهن على بعض الوجوه فقول الشيخ واتباعه ليس بتلك  
المكانة من الضعف خصوصاً في صورة الترتيب فتأمل ولهذا ما اقدم المحقق على المخالفة بل قال لو قيل  
بالبراءة كان حسناً والمصنف وغيره أتى بالاقرب وتظهر الفائدة فيما اذا هرب بعد تسليم الاول فعلى  
المشهور بين المتأخرين لاحق للمكفول له وعلى قول الشيخ له الرجوع على الكفيل الثاني لبقاء حقه  
عليه ﴿ ولو تكفل لاثنتين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر ﴾ كما في المبسوط  
والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والحاصل انه  
لا خلاف فيه لاحد من الخاصة والعامة قالوا لانه بمنزلة عقدين فهو كما لو كفل لكل واحد منهما  
بانفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى احدهما لم يبرأ من دين الآخر (قلت) الاظهر في التنظير  
انه كالمال المشترك بين اثنتين في ذمة آخر فانه لا يبرأ بالدفع لاحد الشريكين الا ان يكون وكلاء عن  
الآخر في القبض ﴿ قوله ﴾ الثالث لو ادعى ابراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرأ  
من الكفالة دون المكفول من المال ﴿ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمعة  
وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو مبني على ان القول هنا قول المكفول له مع يمينه كما  
هو واضح وبه صرح في المبسوط والسرائر والتحرير والتذكرة وهو قضية كلام الباقيين وحاصل مرادهم  
ان الكفيل اذا ادعى أن المكفول له أبرأ المكفول وانكر المكفول له فالقول قوله مع يمينه فاما  
أن يحلف على بقاء الحق أو يرد اليمين على الكفيل فان حلف برأ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة  
ثم اذا جاء المكفول فادعى البراءة ايضاً لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه  
له بين اخرى لأن هذه دعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان  
لزمها بالآخرة دعوى براءة المكفول وان لم يحلف ورد اليمين على الكفيل وهو الذي ذكره المصنف  
والاكثر فاذا حلف أي الكفيل برأ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لاختلاف الدعويين  
كما عرفت ولانه لا يبرأ يمين غيره وهذا مما يشهد على أن اليمين المردودة أصل برأسه كما حذرناه في  
باب القضاء وليست كالاقرار ولا كالينة ولو كانت كاحدهما برأ المكفول نعم لو حلف المكفول



(الرابع) لو ترامت الكفالات صحح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يبدنه أو بوجهه أو برأسه صحح اذ قد يعبر به عن الجملة (متن)

اليمين المردودة على الكفيل على البراءة برئاً، مما لسقوط الكفالة بسقوط الحق كما لو اداه وتصوير ذلك ممكن وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئاً، مما وان كان قد حلف المستحق اولاً للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق يمين المكفول فتسقط الكفالة وهذا معنى ما في التذكرة قوله ﴿الرابع لو ترامت الكفالات صحح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع﴾ قد صرح بصحة تراخي الكفالات في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والشرائع والارشاد وجمع البرهان وفي الاربعة الاول انه أن أبرأ الاصيل برؤا جميعاً ومعناه أن المكفول له لو أبرأ الكفيل الاصيل اعني الاول برؤا جميعاً لزوال الكفالة بسقوط الحق ويرون جميعاً لو احضر الاصيل مكفوله لانهم فروعه وكذا لو مات من عليه الحق اعني المكفول الاول وتختلف احكامهم في امور آخر ستسمعها (ويان) الترامي انه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صحت كفالة الكفيل من كفيل ثاني لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو المعنى بالترامي وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيها ولا كذلك الكفالة فانه لا يصح دورها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله (ويلعلم) انه يختلف حكم الاحضار فيهم كاختلاف حكم الابراء والموت فتى احضر الكفيل الاخير مكفوله برأ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برأ هو ومن بعده من الكفلاء وهكذا وقد عرفت انه لو احضر الكفيل الاول مكفوله برأ الجميع وأما الابراء فقد عرفت انه لو ابرأ المكفول له الكفيل الاول برؤا جميعاً ولو ابرأ غيره من كفالاته أي اسقط عنه حق الكفالة برأ من بعده دون من قبله وأما الموت فتى مات واحد منهم برأ من كان فرعا له فبموت من عليه الحق يرون جميعاً كما عرفت وبموت الكفيل الاول يبرأ من بعده وهل للمكفول له مطالبة ورثته باحضار المكفول أو اداء ما عليه احتملا لان والظاهر العدم كما تقدم وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وبموت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الاولان ﴿قوله﴾ ﴿لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يبدنه أو بوجهه أو برأسه صحح اذ قد يعبر به عن الجملة﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد وجمع البرهان بل لانجد في ذلك مخالفاً قبل الشهيد الثاني وظاهر بعضهم كما هو صريح آخرين انه لا فرق بين ان يقول كفلته بوجهه وبرأسه أو كفلت وجهه ورأسه لانه يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفاً ويراد منه الذات لعدم امكان احضار العضو بدونها فيصدق عليه عقد الكفالة ويندرج تحت أداتها اذ المستفاد منها صحة الكفالة على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها فكل لفظ دل عليها أما بقرينه عرف أو عدم امكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل للأصل واطلاق الأدلة كما عرفت مع حمل كلام العاقل على الوجه الصحيح دون اللغو ولا سيما اذا صرح الكفيل بذلك أو عرف من حاله فكان الظاهر الصحة كما هو مختار ساطين المذهب ولا أقل من التفصيل بالقصد وعدمه ولا فرق في ذلك بين المتعارف وغيره ولا بين الاطلاق ووجود القرينة لانه استعرف

أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لم تتمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم إمكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري وكذا لو كان جزءاً يمكن الحيوة مع انفصاله كيدته ورجله (متن)

ان الاطلاق لا ينفك عنها ولا تصغ الى ما ذكره الشهيد الثاني تبعاً لما احتمله المحقق الثاني في القسم الثاني كما ستسمع قال في (المسالك والروضة) ان اطلاق الرأس والوجه على انفسهما خاصة أشهر من اطلاقها على الجملة وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزأين أجمت الصحة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما فنقد ذلك لا يصلح لتعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة قلت الحمل على الوجه المصحح وهو ارادة الجملة من الجزء يوجب انه عاقل فيصان كلامه عن الهذر والنفو وأنه عقد فيجب الوفاء به ولا يمكن احضار العضو وحده فكان الاطلاق غير منفك عن القرينة وحينئذ فلا شك في حصول شرط الصحة وهو ارادة الجملة من الجزء فالتعليل صحيح والاطلاق يراد به الجملة وبعد ثبوت كونه عقداً جامعاً لشرط الصحة لا يمكن التمسك بأصل البراءة (وبما ذكر) يعلم الحال في القسم الثاني وهو الاجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لا يمكن الحيوة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم إمكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري ﴾ الاقرب الصحة كما في التحرير وهو الوجه كما في التذكرة وجمع البرهان وهو قضيه كلام الشرائع لما عرفته آنفاً من ان كفالة الجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه نفضي الى كفالة المجموع لان احضاره لا يمكن الا باحضار المجموع وقال في (جامع المقاصد) ولقائل ان يقول ان احضاره وان كان غير ممكن بدون احضار المجموع لا يقضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب أما هو صحة الكفالة واحضار ذلك العضو وحيث ان صحتها إنما تكون بكفالة المجموع ولم يصح هاهنا اذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار المجموع والعقود أسباب متلفات من الشرع فلا بد في صحتها من النص مع ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف انتهى وهذا ما اشرنا اليه آنفاً وتبعه على جميع ذلك صاحب المسالك واستوجه البطلان في كتابه ومثله الشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال في ذلك بما لا مزيد عليه (١) من ان المراد كفالة المجموع لانه كناية عنه أو يستلزمه لانه عاقل ولان هذا عقد وان اطلاق نصوص الباب تشمله فالحظ جميع ما ذكرناه آنفاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان جزءاً يمكن الحيوة مع انفصاله كيدته ورجله ﴾ اي هذا كالأول فيه وجهان ناشتان من عدم السريان وإمكان الانفصال مع بقاء الحيوة ومن احضار ذلك على صفته لا يكون الا باحضار البدن وعدم الصحة هنا خيرة المبسوط والشرائع والارشاد والمعه والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة واستحسنه في التحرير ولم يرجح في التذكرة قلت لو قيل بالصحة لم يكن بعيداً ونعم ما قال في المسالك لا يعبد القول

(١) من ان المستفاد من ادلة الكفالة صحتها على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها وان كل لفظ دل عليها ولو بقرينة عدم إمكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل (منه قدس سره)

لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فكالاول ( متن )

بالصحة لمن يقول بها فيما سبق انتهى وأما اذا علم من قصده بيده ارادة الجملة فالاشبه باصول المذهب بل الاقوى الصحة خلافا للروضة حيث قال فيها لا يصح وان قصدها بها مجازا قوله ﴿ لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال أو احضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر ﴾ ما قر به المصنف هو الذي صححه صاحب جامع المقاصد لان ذلك مقتضى الكفالة فانها تقتضي أحضار الغريم أو اداء ما عليه من المال والاصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرأ وهو المسقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة ولعله لا ينافي ما سبق له وللتذكرة مما يقضي بان مقتضى الكفالة انما هو الاحضار ويجوز الاكتفاء عنه باداء المال لانه له ان يقول اذا رضي بالاداء وجب فتأمل ( وأما ) الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة وكذا التحرير على أشكال له فيه لان الاحضار واجب مع الامكان واذا غاب غيبة انقطع خبره بها كان احضاره ممتنعا فكان بمنزلة ما لو مات ولان وجوب الاحضار اذا سقط لم يجب المال لانه لم يتعهد به ووجوبه مع وجوب الاحضار حين امكانه اذا لم يأت به ورضي بالمال لا يقتضي وجوبه بدونه وهذا أشبه بأصول الباب واخبره اذ ليس فيها تخيير وانما فيها الامر بالاحضار وظاهرها انه مع الامكان العرفي كما تقدم بيان ذلك كله وقد نسبناه الى الاصحاب من صريح وظاهر وهذا عين الثالث على الظاهر كما ستعرف وضعف بمنع كون احضاره مع الغيبة المنقطعة ممتنعا بل هو أمر ممكن فيجب على الكفيل تبعه في البلاد أو اداء ما عليه ولا يخفى ما فيه من الضرر العظيم أو تكليف ما لا يطاق مع فرضه التعذر في الاستدلال لوجه لذكر الاحضار حيثند في الكتاب ( وأما ) الثالث فهو خيرة الايضاح مستندا الى اصالة بقاء الكفالة ولا تتناول المال فيتوقع المكنه والا لزم تكليف ما لا يطاق والفرق بين الهرب والغيبة المنقطعة ان الهارب يعلم موضعه لكنه متى توجه اليه هرب الى موضع آخر وهكذا فكان بذلك كالغيبة المنقطعة هذا وقد ذكر في التذكرة فروعاً ( منها ) انه لو فرط الكفيل في احضاره بان طلبه المكفول له باحضاره وكان متمكنا منه فهربه أو ماطل باحضاره حتى غاب غيبة منقطعة فان أوجبنا المال وجب هنا والا فاشكال ونحوه ما في جامع المقاصد ( ومنها ) انه لو كان غائبا حين كفيل فالحكم في احضاره كالمالك بعد الكفالة ونحوه ما في جامع المقاصد وفي الاخير انه لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ولو احتاج الى بدل مال فاشكال وهذا منه كره على مذهب الايضاح قوله ﴿ يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فكالاول ﴾ يجب على المكفول الحضور اذا طلبه منه المكفول له حيث يجوز له طلبه كأن كانت حالة أو بعد حلول الاجل سواء كان تكفل باذن المكفول او ابتداء أي تبرعا كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أما الاول فواضح وأما الثاني فلان المكفول له أمره باحضاره فهو بمنزلة وكيله بمطالبته بالحضور فلا يجوز له الامتناع وليس

## لو أسلم الكفيل على الخمر برأ من الكفالة (متن)

ذلك من جهة الكفالة كما وجه ذلك بذلك في التذكرة وجامع المقاصد وعلى الثاني أي حيث يكون قد كفله تبرعا إذا لم يطلب احضاره من الكفيل ولم يقل له. أخرج من حتى ولا أخرج من كفالتك ولكن اراد الكفيل المتبرع احضاره لا يجب عليه الحضور لانه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول ولا توكيل كما في التحرير وجامع المقاصد واليه اشار المصنف بقوله والا فلا ان كان متبرعا ومعناه ان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور لكن يدخل فيه ما اذا لم يطلبه بان لم يقلن له احضره لكن قال له اخرج من حتى اذ قضية كلام المصنف انه لا يجب عليه الحضور وهو خيرة التحرير وظاهر كلام ابن المتوج فيما حكاه الشهيد عنه لان ذلك ليس توكيلا في الاحضار اذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعة وفي موضع من التذكرة ان الاقرب انه يجب عليه الحضور لان ذلك يتضمن الاذن في احضاره ونفى عنه البعد في جامع المقاصد وفي موضع آخر من التذكرة لا ترجيح (وعلى الاول) أي حيث يكون قد كفله باذنه فانه يجب عليه المتابعة حيث يطلبه الكفيل سواء طلبه منه المكفول أولا كأن لم يطلبه اصلا ولا قال له اخرج حتى أو قال له اخرج حتى ولم يقل له احضره كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج لانه سلطه على نفسه بالاذن في الكفالة بل في جامع المقاصد انه قطعي واليه اشار المصنف بقوله والا فكالاول اذ معناه انه ان لم يكن متبرعا بل كانت الكفالة بالاذن فكالاول يعني ما اذا طلب المكفول له من الكفيل احضار المكفول فانه يجب عليه المتابعة كما عرفت وعلى كل حال حيث يجب عليه الاحضار فمؤتته أي الاحضار عليه أي الكفيل كما نص عليه في التذكرة (قلت) ان كان كفل باذنه فالظاهر انه يرجع عليه بها في بعض الوجوه والا فلا ولو ادى المال في شيء من هذه المواضع فان كان متبرعا بادائه لم يرجع قطعاً وان كان قد كفل باذنه واذا ادى مع تعذر احضاره ومطالبة المكفول له وتضييقه عليه فله الرجوع عليه قطعاً مع اذنه في الكفالة والظاهر منهم ذلك ايضا مع التبرع كما هو صريح الكتاب فيما يأتي والتذكرة وجامع المقاصد لانه ادى دينه باذن شرعي فيستحق الرجوع ولا يخلو عن تأمل وقد نسبه في المسالك الى ظاهرهم واذا تمكن من الاحضار وادى المال فالاقرب انه لا يرجع لان الواجب الاحضار مع الامكان وقد امكن فيكون متبرعا في اداء المال سواء حبس مع ذلك ام لا كما في التذكرة والمسالك وكذا جامع المقاصد وقد تقدم بيان ذلك كله مفصلاً  قوله  ﴿ لو أسلم الكفيل على الخمر برأ من الكفالة ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه اذا كان لذي على ذمي خمر وكفله ذمي آخر ثم اسلم الكفيل فانه يبرأ من الكفالة لامتناع كون المسلم كفيلا بالخمر فنبطل الكفالة ويبقى الحق بين الذميين كما كان وظاهر التذكرة انه لا مخالف فيه أيضاً من العامة وقد استضعفه جدا في جامع المقاصد لان الكفالة ليست بالخمر بل بمن عليه الخمر وهو حق بالنسبة الى الذميين ولهذا يمنع المسلم من التعرض اليه ويضمن قيمته لو اتلفه مع عدم التظاهر قال بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي اذا كان في ذمته خمر أو خنزير للذمي آخر محتجا بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل وهو هنا كذلك ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة اصلا قال وما ذكره حسن وجعل الاشكال في كلام المصنف

ولو أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال (متن)

متناولا للمسئلة وانت خير بان مقتضى الكفالة الاحضار فان امتنع من احضاره حبس حتى يحضره أو يوذي ما عليه وكذا لو امتنع عليه احضاره على رأي فانه يلزم بالمال ومن المعلوم أن الخمر مثليه فالزام المسلم بها هو ان يأتي بمثلها لا بقيمتها ومن المعلوم ان الخمر لا تجب على المسلم ولا على الكافر لانه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر فعاد الامر بالأخرة الى كون المسلم كفيلا بالخمر كما قالوه فلا وجه لقوله أن الكفالة ليست بالخمر وما استضعفه قوي جدا ان لم يكن متعينا وما استحسنته غير سديد وان ذهب اليه الفاضل السيد العميد مضافا الى مخالفة الاعتبار مع التظاهر في الامر وهو حبس المسلم لاجل كأس لذمي من خمر لانهم متى تظاهروا بالخمر زال احترامها (فان قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها (قلنا) الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار لانه بحسب حتى يوذي وذلك مناف للاستتار كما ذكر ذلك كله في غضب جامع المقاصد فيما اذا اتلف الكافر لثله خمرًا فانه قال يجب عليه القيمة دون المثل مستندا الى ما ذكرنا وبذلك تفارق الكفالة الائتلاف الذي استندا اليه فانه يضمن قيمتها سرا وليس لكافر المطالبة بها وانما يطالبه الحاكم ولا يتأني مثل ذلك في الكفالة هذا أن قلنا بضمان المسلم لها اذا اتلفها من غير المتجاهر وان قلنا بالمدم فالامر واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اسلم احد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال ﴾ يريد انه لو اسلم احد الذميين المكفول له أو المكفول به في الفرض المذكور آنفا برأ الكفيل والمكفول كما جزم بذلك في التحرير والتذكرة لان الخمر لا تجب على المسلم اذا كان هو المكفول ويمتنع استحقاقه اياها اذا كان المكفول فيرون جميعا (قلت) كما لو اقترض ذمي من مثله خمرًا ثم اسلم احدها فانه يسقط القرض كما جزم بذلك ايضا المصنف من دون اشكال في الفرع العاشر من باب القرض من الكتاب وفي (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) مستندين الى انه لا يجب على المسلم اداء الخمر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال وقالوا في باب السلم فيما اذا اسلم كافر الى كافر في خمر فاسلم احدها قبل القبض انه يمتثل بطلان السلم وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد هناك والسقوط لا الى بدل والمصنف هنا استشكل ومثله ولده في الايضاح حيث لم يرجح مما ذكر ومن أن الواجب بالنسبة الى المسالم القيمة عند مستحليه والاصل بقاء الكفالة لكنهم قالوا فيما اذا عقد الذميان على الخمر ثم اسلما أو اسلم احدهما أن المهر ينتقل الى القيمة واستندوا الى أن التعذر الشرعي كالتعذر الحسي وجماعة قالوا بالفساد وانه ينتقل الى مهر المثل وقال الاكثر على ما قيل لو كاتب الذمي عبده على خمر ولم يقبضه انه ينتقل الى قيمة الخمر وانه لا يلزمه قيمة نفسه ولا تبطل وجماعة قالوا بالطلان (وقد يجاب) عن الكتابة بأنها من قبيل العنق المبني على التغليب والمساحة فيه وكذا النكاح لان فيه شبهة بالعبادة واعلم أن الكلام انما هو في الخمر وأما الخنزير في هذه الابواب فانه ينتقل الى قيمته لانه قيمتي ومدار الامر في نحو المسئلة ان تعذر المثل هل بتعذره في ذلك القطر أو بتعذره ولو بحكم الشرع والظاهر ان تعذر القيمي كالخنزير شرعا يقوم عندهم مقام التعذر الحسي وتوجيه الفرق ممكن الا على القول بأن القيمي يجب مثله أولا ثم ينتقل الى قيمته وحقق في جامع المقاصد تحقيقا نسبة في التذكرة الى أبي حنيفة وقال المصنف فيها أي التذكرة انه غلط وهو انه ان كان المسلم هو مستحق الخمر سقطت الخمر وقيمتها لا تمتنع ملكها له والاصل براءة ذمة الذمي من وجوب قيمتها وحيث كان المانع منه انتهى استحقاقه

لو خيف على السفينة الفرق فأتى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وان قصد الرجوع به أو قال له بعضهم القه فألقاه . (متن)

القيمة وان كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه القيمة لأنه باسلامه منع الخمر المستحقة في ذمته للدمي مستتر فيجب الانتقال للقيمة وهلا فصل هذا التفصيل في القرض والسلم مع انه لا فرق كما نص عليه الشهيد في حواشيه وقد قال في (جامع المقاصد) في باب السلف ان تخيل انه باسلامه منع الخمر المستحقة فكان بمنزلة اتلافها ليس بشيء لانه لم ي تلف شيئاً ولا تسبب في الاتلاف فاحقته هنا قال هناك انه ليس بشيء وقد نبهنا في باب القرض على اختلاف رأيه في الابواب الثلاثة وعلى تقدير صحة ما قاله في جامع المقاصد من الانتقال الى القيمة هل يبرأ الكفيل أولاً لا يحتمل الاول لانه انما كفل على حق حاضر وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد والثاني لان الكفالة على الاحضار وهو هنا أقوى لان ايجاب القيمة أقوى من وجوب الخمر ﴿ قوله ﴾ لو خيف على السفينة الفرق فأتى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وان قصد الرجوع به أو قال له بعضهم القه فألقاه ﴿ هذه المسئلة قد تذكر في باب الضمان وفي باب الكفالة وفي باب الديات وقد استوفينا الكلام فيها وفي أطرافها في باب الديات وكيف كان فالاستفاد من كلامهم في المسئلة في الابواب الثلاثة أن السفينة اذا أشرفت على الفرق جاز القاء بعض أمتعتها في البحر وقد يجب رجاء نجاته الراكين اذا خيف عليهم فيجب القاء ما لا روح له وان علت قيمته لنجاة ذي الروح ولا يجب القاء الحيوان اذا حصل القرض بشيئه واذا مست الحاجة الى القاء الحيوان قدمت الدواب لبقاء بني آدم ولا فرق بين العبيد والاحرار فلا يقدم العبد على الحر ولعلمهم يريدون بني آدم ما كان معصوم الدم كالمسلم والذمي والمعاهد لا المرتد والزاني المحصن والحرابي واللائط فهذه تقدم على الدواب الا الكلب العقور والخنزير والفواسق الخمس فانه يتخير كما نبهوا على ذلك في باب التيسم والاطعمة وقال المحقق الثاني اذا قطع بفرق السفينة وهلاك بعض أهلها وبسلامتها لو أتى المال في البحر ففي وجوب الالتقاء لا تقاذ الغير من الهلاك اشكال انتهى ونحو ذلك ما في الخلاف والسراير في مثله من انه لو اضطر الى طعام النير يعني لحفظ نفسه لم يجب على الغير اعطاؤه لان الاصل براءة القدمة واجباب ذلك يحتاج الى دليل وفي (التحرير والكتاب) فيما يأتي لو امتنع المالك من بذله بالاكثر من ثمنه حل للمضطر قتاله وكان دم المالك هدرًا ودم المضطر مضمونًا ونحو ذلك ما في المبسوط من أن المضطر أولى من المالك بطعامه وحكى ذلك عن غير المبسوط وظاهرهم في باب اللقطة الاطباق على ذلك ولا دليل لهم الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبًا بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى فانظر الى هذا الاختلاف ولعل التفصيل بالطلب وعدمه أولى كما ستسمع واذا قصر من لزمه الالتقاء فعليه الاثم دون الضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك اذا لم يطلب المضطر منه وكذا كل من رأى انسانًا في مهلكة فلم ينجها منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه نعم لو اضطر الى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فتمنع اياه مع غنائه في تلك الحال فسدت ضمن المطلوب منه لانه باضطراره اليه صار أحق من المالك ولو أخذه قهراً فتمنع اياه عند طلبه سبب لهلاكه كما نص عليه في التحرير (وقد يقال) ان الطالب نوعان طالب بلسان حاله وآخر طالب بمقاله وقد قالوا في باب الزكوة والخمس ان الفقراء طالبون بلسان الحال فاذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره بأذنه

أما لو قال له القه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة (متن)

رجاء السلامة فلا ضمان على أحد ولو ألقى متاع غيره بغير اذنه وجب عليه الضمان لأنه أتلفه بغير اذنه من دون أن يلجأه إلى الاتلاف فكان كما إذا أكل المضطر طعام الغير وليس كما إذا صال عليه البعير المقتل فقتله دفعا عن نفسه لأنه هنا ألجأه إلى الاتلاف (ويبقى) سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه لتخليص غيره من الفرق فانه حينئذ لا ضمان على أحد وبين طعام المضطر وإيجار الطعام في حلقه فانه يرجع عليه بقيمته إذا كان ذا مال (وجوابه) أن الملقى لمتاع نفسه ان شمله الخوف فهو ساع في تأدية واجب وهو تخليص نفسه وان حصل بذلك تخليص غيره فلا يرجع على غيره ولا كذلك صاحب الطعام مع المضطر للأذن من الشارع حيث أوجبه وهو مقتضى الرجوع وان لم يشمله الخوف فالفرق أن المطعم مخلص لا محالة وملقى المتاع غير دافع لخطر الفرق لأنه يحتمل أن يفرق وأن لا يفرق فكان الأول كشرب الخمر لدفع العطش والثاني كشربها للتداوي وأما حيث يقطع بعدم الفرق إذا ألقى فقد يفرق بالمباشرة في المضطر وعدمها في أصحاب السفينة أو يقال أنهم يلتزمون ذلك في ذلك فليتأمل جيدا (إذا تقرر) ذلك فمد إلى عبارة الكتاب أما الأول فظاهر وأما الثاني وهو الحكم بعدم الضمان فيما إذا قال له بعضهم القه فألقاه من دون أن يقول وعليّ ضمانه فقد صرح به في ديات المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك وكشف اللثام وكفالة التذكرة وجامع المقاصد للأصل وهو كما لو قال اعتق عبدك فأعتقه أو طلق زوجتك فطلقها والفرق بينه وبين قوله أدّ ديني فأداه أو اضمن عني فضمن عنه حيث يرجع عليه ان أدى أو ضمن وأدى انه لما أدى أو ضمن وأدى فقد وصل إليه النفع ولا كذلك القاء المتاع فانه قد يفضي إلى النجاة وقد لا يفضي فلا يضمن الا مع التصريح ولعل الأصل فيه أن الضمان على خلاف الأصل وهذا النوع منه على خلاف الأصل في الضمان لأنه ضمان ما لم يجب فيقتصر على المتيقن وقوله أدّ عني وضمن عني قد تضمن وكالة في الاستقراض والاداء ولا كذلك ما نحن فيه

﴿ قوله ﴾ أما لو قال له القه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة ﴿ كما صرح به في الشرائع وغيرها بل في الخلاف أن عليه اجماع الامة وخلاف أبي ثور شاذلا يعتد به وهو معنى قوله في المبسوط أن لا خلاف فيه الا من أبي ثور فكان كما لو قال اطلق هذا الايسر ولك عليّ كذا واعتق عبدك عني على كذا وعن (الخلاف) ان عليه اجماع الامة وقد يلوح من ضمان التحرير التأمل في ذلك لانه خارج عن الأصل لانه ضمان ما لم يجب وفي (ضمان التذكرة وكفالة اجماع المقاصد) لو قلنا انه جمالة خلصنا من الالزام (وليعلم) أن الضمان انما يجب على الملتمس بشرطين (أحدهما) أن يكون الالتماس عند خوف الفرق كما ستعرف (الثاني) أن لا تختص فائدة الالتقاء بصاحب المتاع كما ستسمع أيضا فلو اختصت به بطل ولم يحل له أخذه لانه فعل ما هو واجب لمصلحته كما لو قال للمضطر كل طعامك وأنا ضامن فأكل فانه لا يرجع على الملتمس ومن هنا يعلم أن فائدة التخلص بالقاء المتاع تفرض على وجوه خمسة (الاول) أن تختص بصاحب المتاع (الثاني) أن تختص بالملتمس فيجب الضمان (الثالث) أن تختص بغيرها فيجب الضمان لانه غرض صحيح في محل الحاجة (الرابع) أن تتم صاحب المتاع وغيره فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالئكه وسائر من فيها فيستقط قسط المالك ويجب الباقي فلو كان معه واحد وجب نصف الضمان (الخامس) أن يكون في الالتقاء تخليص الملتمس وغيره فيجبي الاحتمال

ولو قال عليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ولو قال وعلى ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإبقاء ضمن الجميع بعد اليمين على (متن)

في سقوط حصة المالك هذا وقيمة الملقى إنما تعتبر حين الالتقاء لانه وقت الضمان ويحتمل اعتبارها قبل هيجان الامواج اذ المال لا قيمة له في تلك الحال ﴿ قوله ﴾ ولو قال عليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ﴿ وقال في باب الديات من الكتاب ولو قال حالة الخوف التي متاعك وعلى ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا فان قال أردت التساوي قبل ولزمه بمحضته وأما الركبان فان رضوا ضمنوا والا فلا وقالوا في باب الديات الضمان على ضرر بين ضمان اشتراك وضمان انفراد واشتراك معا فوضان الاشتراك كأن يكون لرجل على رجل ألف فقال عشرة أشخاص ضمنا لك الالف التي على فلان فيكون جميعهم ضمنا وكل واحد منهم ضامن عشر الألف فله أن يطالبهم جميعا بالألف وأن يطالب كل واحد بعشر الالف كما لو وكلهم في بيع عبدا وأوصى اليهم في بيع تركته وضمان الاشتراك والانفراد مثل أن يقول ضمنا لك وكل واحد الألف التي لك على فلان فيكون الجميع ضامين لك كما وكل واحد ضامن لكها فان قال واحد من العشرة ضمنت لك أنا وأصحابي مالك على فلان وسكت ولم يكونوا قد وكلوا بذلك ضمن عشر الألف لانه لم يضمن الكل وإنما ضمن بالحصة هذا فان كان ضمان الالتقاء في البحر ضمان الاشتراك ضمن كل واحد ما يخصه وان كان ضمان اشتراك وانفراد ضمن كل واحد منهم كل المتاع وان كان قد قال الله على أي وركبان السفينة ضامنون فسكتوا ضمن بالحصة وان قال عليّ أي وكل واحد منهم ضامن ضمن الكل نص على ذلك كله في المبسوط وهو يتأني على مذهب ابن حمزة في باب الضمان حيث قسمه الى ضمان انفراد وضمان اشتراك والمتأخرون على خلافه كما حررناه في باب الضمان ولعلنا نجزئه في المقام ونخالف القواعد لما كان الضرورة كما خالفناها في أصل المسئلة ومن نص على جوازها في المقام غير الشيخ في المبسوط المصنف في التحرير والتذكرة ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله ولو قال الى آخره يريد به انه قال ذلك حالة الخوف وقوله فامتنعوا يريد به انهم امتنعوا من الضمان قبل الالتقاء أو بعده بان ردوا صريحا وقوله أردت التساوي يراد به ضمان الاشتراك على ان يكون هو كاحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع (وقد يقال) ان هذا اللفظ ظاهر في الاشتراك كما صرح به في المبسوط فلومات ولم يقل أردت التساوي حملناه عليه الا ان تقول ان هذا اللفظ مطلق عرفا كما هو ظاهر المحقق والمصنف وغيرها أو صريحهم أعني ما اذا قال وعلى ضمانه مع ركبان السفينة أو أنا وركبان السفينة ضامنون والصريح في النقيض ان يردفه بقوله كل واحد بالحصة كأن يقول وعلى ضمانه مع ركبان السفينة كل واحد بالحصة كما ان صريح الاشتراك والانفراد ان يقول أي وكلا من الركبان ضامنون وأما قوله في باب الديات اذا رضوا ضمنوا فمعناه انهم اذا أجازوا ذلك العقد الفضولي بالقول كان لازما وأما قوله والا فلا فلا أصل بمعنييه وانه لا يلزم بالفضولي شيء اذا تعقبه الرد الصريح وفي (جامع المقاصد) وكذا التذكرة انه يكفي في الرد السكوت فان السكوت اعم من الرضا (قلت) وفيه تأمل وكيف كان فما في الكتاب خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك كما بينا ذلك كله في باب الديات ﴿ قوله ﴾ ولو قال وعلى ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الالتقاء ضمن الجميع بعد اليمين على



اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان وكذا مزق ثوبك وعلي الضمان أو اجرح نفسك وعلي ضمانه بخلاف طلق زوجتهك وعلي كذا (متن)

اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ﴿ وقال في باب الديات فان قال قد اذنوا لي فانكروا بعد الالقاء حلفوا وضمن هو الجميع من دون اشكال وهو خيرة الشرائع والتحرير وهو يتم بغير اشكال مع ارادة ضمان كل واحد الجميع وعلي تقدير ضمان الاشتراك وهو التحاص يكون الوجه فيه انه غر المالك بكذبه (وفيه) انا نمنع الفرور هنا اذ لعله صادق فيما أخبر به عنهم والحياة من قبلهم في الانكار وترك الاشهاد والسؤال منهم مستند الى تقصير المالك مضافا الى أصل البراءة فلا يضمن الا حصته كما هو خيرة كفالة الايضاح وجامع المقاصد وكذلك المسالك وكشف اللثام وقد استشكل المصنف هنا وفي كفالة التذكرة بما ذكر من انه مفرور فيرجع على من غره ومن استناد التفريط الى المالك حيث التى متاعه قبل الاستيثاق وفي (المبسوط) انه يضمن ديونهم وهو يحتمل الأمرين ضمان الجميع والضمان بالحصصة وتقييد الانكار بكونه بعد الالقاء لانه لا يضمن لو كان قبله سوى حصته لان التفريط حينئذ من المالك حيث لم يستوثق ولو ثبت انهم لم يأذنوا له بالبينة وان عسر ذلك لانها شهادة على النفي أو باقراره فالظاهر انه يضمن لانه قد غر المالك وبقي هنا شيء وهو ان المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكة فلو لفظه البحر على الساحل واتفق الظفر به فهو للملكه ويسترد الضامن المبذول ان لم تنقص قيمة المتاع ولو نقصت لزمه من المبذول بنسبة النقص وهل المالك ان يمك ما أخذ ويرد بدله فيه وجهان تقدم منلها في المفصوب اذا رد الغاصب بدله لتعذر العين ثم وجدت وأولى بلزوم المعاوضة هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان ﴾ كما في ديات الشرائع والتحرير والكتاب وكفالة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في ديات المبسوط والايضاح وهو المحكي عن المهذب وفي (المبسوط) لاختلاف في عدم الضمان وقد بينا الحال في عبارة المبسوط في باب الديات ووجه ان هذا الضمان على خلاف الاصل والاصل براءة الذمة ولا فائدة فيه تركنا العمل بالاصلين مع الخوف لفائدة والمصلحة فيبقى الباقي فكان هو المفرد في اتلاف ماله لان المفروض كما له بالبلوغ والعقل لكنه قال في الايضاح ان المراد انه خلا عن الخوف ولم يخل عن الفائدة بل ذكر فيه فائدة وهي ان تحف السفينة أو غير ذلك من الفوائد لانه لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً ونحوه ما في جامع المقاصد (قلت) ويؤيده مع موافقته للاعتبار في الجملة انه في المبسوط نفي الخلاف عن عدم الضمان فيما اذا قال مزق ثوبك وعلي ضمانه وما ذاك الا لخلوه عن الفائدة بالكلية لكنه ذكر هذا المثال بعده في المبسوط والشرائع والتحرير والكتاب قد يرشد الى انه مثله في الخلو عن الفائدة بالكلية وبه صرح في المسالك وليس ذلك كله بشيء ووجه احتمال الضمان عموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم ولا يخصص هنا على انه قد غره بذلك ولأنه قد يحصل الانتفاع بخففة السفينة كما في جامع المقاصد ثم قال وليس بشيء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا مزق ثوبك وعلي الضمان أو اجرح نفسك وعلي ضمانه ﴾ قد سمعت ما في المبسوط من نفي الخلاف عن عدم الضمان ومثل هذين أهمل دارك وعلي ضمانها ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف طلق زوجتهك وعلي كذا ﴾ فإنه يصح ذلك جملة اذا أتى بالمجمول عليه ودليل الصحة انه عمل مقصود محلل وربما كان عالماً بالتحريم بينهما فطلب التفرقة

الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها بدأ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداء عنه سواء كفل بأذنه أولاً ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴿ المقصد الخامس في الصلح ﴾ وفيه فصول ثلاثة (الأول) (متن)

بالمعوض ولا كذلك لو بذل له تبرعاً مالا من ماله ليخلصها لأن المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً لتترتب عليه أحكامه المخصوصة لا بمجرد بذل المال في مقابلة الفعل بخلاف الجمالة فإن غرضه وقوع الطلاق بان يقول طلقها وعليّ ألف ولا مانع من صحته ولا يشترط في إجابته الفورية والمقارنة لسؤاله بخلاف الخلع ومثل ما نحن فيه ما إذا قال اعتق عبدك وعليّ كذا إذ لعله طلب الثواب في العتق (تواب العتق خ ل) أو علم كون العبد حراً ولو خلى في هذين عن الفائدة لم يكن مقصوداً للعتلاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برأ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله وأعادته للفرق بين انتقال الحق من الموروث إلى الوارث وبين انتقال الحق من المستحق إلى غيره ببيع ونحوه فإن الكفالة لا تنتقل حينئذ بخلاف الإرث فإنه يقضي نقل كل حق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به (والحاصل) أن مورد الإرث عام في المال وحقوقه ومورد المعاوضة ما وقع عليه العقد وقد نص عليه في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداء عنه سواء كفل بأذنه أولاً ﴾ كفاي التذكرة وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبتها إلى ظاهرهم وذلك إذا طالبه المكفول وضيق عليه بحيث يكون واجباً عليه وقد تقدم الكلام في ذلك في موضعين ولنا فيه نظر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴾ كما في التذكرة ووجه ظاهر (فروع) الأول لو مات الحال عليه الموسر ولم يترك شيئاً برأ الكفيل وسقط دين المحتال (الثاني) لو قال أعط فلانا كذا لم يكن كفيلاً ولا يلزمه شيء وإن كان خليطاً نص عليه في التحرير (الثالث) لو قال رجل لآخر أعط فلانا غني كذا كان كفيلاً صرح به في التحرير أيضاً وهذا فرع تمس الحاجة إليه كثيراً كما إذا غضب الظالم على رجل وأراد منه مالا ليفك من حبسه وأسرته وظلمه أو نحو ذلك فقال لآخر أدعني أو أضمن غني فإنه يكون كفيلاً لأنه أوقعه في يد غريمه أو ظالمه بالتماسه وله نظائر فكان هذا ومن خلص غريماً من يد صاحبه قسمين من أقسام الكفالة (الرابع) عقد الكفالة يصبح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنه أو فوا بالعقود وقوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم نص عليه في التذكرة وحكى عن الشافعي بطلان العقد وعن أبي حنيفة بطلان الشرط فقط (الخامس) إذا قال رجل لرجل إن فلانا قد لازم فلانا وضيق عليه فذهب فتكفل به فتكفل كما أمره غير مكره كانت الكفالة على من باشر العقد دون الأمر نص عليه في المبسوط

الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب ( متن )

﴿ المقصد الخامس في الصلح وفيه فصول ثلاثة الاول ﴾

﴿ قوله ﴾ ﴿ الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب ﴾ أجمعت الامة على جواز الصلح في الجملة ولم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كافي المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة كما في التحرير وقد نقل عليه اجماعنا في عدة مواضع ونفى عنه الخلاف بيننا كذلك وقد طففت بهذا التعريف كتبهم كالوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والتقيح وغيرها وقضية اشتراطه بسبق الخصومة لان القاطع للتجاذب مسبق به وقد أطبقوا على أنه لا يشترط في صحته سبقها أي الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا وفي (مجمع البرهان) ان دليله الاجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك ادعى هو أي الاردبيلي الاجماع منهم على ذلك وطريق الجمع أن يقال ان أصل شرعيته لذلك أي قطع النزاع والتعريف مبني على ذلك ولا يلزم من ذلك ثبوته في كل فرد من أفراده اذ القواعد الحكيمة لا يجب اطرادها كما قيل في قوله جل شأنه أعدت للمؤمنين وأعدت للكافرين فانه لا يتنافى دخول غير المؤمنين الجنة والمعاصي غير الكافر النار وكما هو الشأن في مشروعية العدة فانها عللت باستبراء الرحم وأطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديدة وكما في غسل الجمعة وكما في الفسخ بالغيب لانه مظنة نقصان القيمة وكما في القصر للمثقة في السفر (وعسالك تقول) ان السفر المخصوص مظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلا (لأننا نقول) انها مناقشة في نظير واحد ثم ان الادلة الدالة على ثبوته على نحوين ( احدهما ) ما دل على انه موضوع لقطع التنازع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقول جل شأنه (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن ينصالحا) فانه يدل على رفع المنازعة المتوقعة وكذلك بعض الاخبار وقوله تعالى واصلحوا بينهما ونحو ذلك فانه يدل على رفع السابقة ( والثاني ) ما دل باطلاقة على جوازه مطلقا كالاجماع والنبوي وحسنة البخري أو صحيحته اذ فيها أي الخبرين الصلح جائز بين المسلمين فيجوز أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه كما دلت عليه بقية الادلة سلمنا انها لا تساعد لمكان لفظ الصلح المشعر أو الظاهر في الخصومة لكننا نقول حيث ثبتت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت مطلقاً اذ لا صل عدم كون الخصومة شرطاً له مع عدم القائل منا بالفصل على انه تعريف غير متلقى من الشارع فليس بحقيقة شرعية فيجوز أن يكون تعريفاً للمتنفق عليه بين المسلمين ويظهر من فخر الاسلام كما هو صريح الفاضل المقداد والقطيبي الجواب بانهم اشاروا بهذا التعريف الى ان الغرض الاقصى منه غالباً رفع الخصومة سواء تقدمت ام لا حيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصلحين فان النزاع يحصل غالباً لولا عقد الصلح وستسمع ما في التحرير والحواشي وكيف كان فهنا فوائد (الاولى) قال المصنف في التحرير والشهيد في الحواشي الصلح على انواع صلح بين المسلمين واهل الحرب و صلح بين اهل العدل والبغي و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق وسيأتي و صلح بين الخصمين في الاموال وهذا

## الاما أحل حراما أو حرم حلالا (متن)

الباب معقود له انتهى كلامهما وقضيته انه لا يصح الاستدلال عليه في المقام بأية الشقاق ونحوها كما في التذكرة وغيرها فتأمل (الثانية) قال في المهذب البارع يثبت فيه خيار الشرط اجماعا ( قلت ) قد فناه عنه الشيخ في المبسوط لكن المشهور ثبوته فيه كما تقدم في البيع وفي (التحرير وجامع المقاصد) انه لا يجري في الصلح الذي يفيد البراء وقال في (المهذب البارع) انه لا يثبت فيه خيار الغبن ولا المجلس وقد يظهر ذلك أي عدم ثبوت خيار الغبن فيه من الوسيلة والتحرير وغيرها واما عدم جريان خيار المجلس فيه فما لا ريب فيه واستشكل في المقصر في ثبوت خيار الغبن فيه ثم استظهر الدم وقال ( فخر الاسلام والشهيد في الدروس ) وانفداد والقطيفي والصيمري انه يثبت فيه خيار الغبن كما سلف في باب البيع ولعل الاولى ان يقال أن وقع على معاوضة دخله خيار الشرط. وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط لانه شرع لقطع المنازعة واشترط التأخير يعود بالخصومة فكان منافيا لمشروعيته فتأمل جيدا بل قد يقال بعدم دخوله اذا وقع على ابراء ما في الذمم مع جهالته وكذلك الحال في خيار المؤامرة واما خيار الغبن فان وقع الصلح على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن بل لو شرط سقوطه بطل العقد والشرط على احتمال كما قال بكل جماعة في البيع وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه وكان مقبونا فيما صالح عنه فلا خيار وكذا ان وقع على ما في الذمم وكان مجهولا ثم علم بعد عقد الصلح وظهر غبن احدهما على تأمل وان فصل هذا التفصيل ابو العباس والصيمري لان مداره على الضرر وعدمه والعموم قضية اطلاق الدروس ( الثالثة ) الظاهر انه اذا وقع على معاوضة يثبت فيه خيار الرؤية والعيب وخيار التأخير وما يفسده المييت لكان الضرر الا ان تقول ان خيار التأخير خاص بالبايع والبيع لكان الخبر الخاص كما قال جماعة وذلك لا يقضي بنفيه فيما يفسده المييت وان كان من سنخه لان المدار فيه وفي العيب والرؤية على الضرر (والحاصل) ان اخبار الصلح انما تدل على جوازه ومشروعيته وعموم اوفوا بالعقود وان قضى بالزوم لكانه مخصوص بخبر الضرر المجمع عليه فكان المدار على الضرر بل قد يقال كما قيل في البيع انه لو شرط سقوط خيار الرؤية بطل العقد وحيث يجوز الفسخ للعيب ولا (١) ارش هنا مع احتماله كما في الدروس (الرابعة) قال فخر الاسلام الصلح صالح لنقل الاعيان ونقل المنافع وبراء الذمة ولجرد قطع المنازعة وهذا من خصايصه وليس في العقود ما يجمع ذلك كله (قلت.) ومن خصايصه انه يصح مع جهالة مخصوصة كما سيأتي ويأتي الكلام في افادته مجرد قطع المنازعة (الخامسة) الذي نختاره جريان الماطاة فيه كما تقدم بيانه في باب البيع قوله ﴿ اما أحل حراما أو حرم حلالا ﴾ هذا هو الحديث النبوي المروي في الفقيه مسرلا وقد روته العامة أيضا (قال في الفقيه) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وحرم حلالا وقد نقل على هذا اجماع المسلمين في المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة في التحرير وجماعنا في الغنية وبه طفحت عباراتهم وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود بل يعتبر في جميع الامور الجائزة عدم اشتغالها على حرام ولعلم انما يذكرونه في الصلح

(١) كذا في النسخ والظاهر فلا اولاً ( مصححه )

كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صلحه بخمر أو خنزير أو صلحه مع انكاره  
ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أولا فإن الصلح في مثل ذلك لا  
يشمر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المسالك ما عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا  
فصلحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره  
وان افاد فائدته (متن)

وخيار الاشتراط لوجوده في الاخبار فيهما وستسمع معنى ذلك قوله **﴿ كقولنا ﴾** كوالصلح على استرقاق  
حر أو استباحة بضع أو صلحه بخمر أو خنزير أو صلحه مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء  
عرف المالك قدر حقه أولا فإن الصلح في مثل ذلك لا يشمر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المالك ما  
عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا فصلحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن **﴿ هذه**  
الاقسام يمكن ان تجعل من المحللة للحرام والمحرمة للحلال باعتبار العوضين وفي (التنقيح والمسالك والروضة)  
انه قد فسر فيه تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لا سبب لا باحته غيره أو ليشر با  
أو احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته أولا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء  
على هذا متصل لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعي  
أو منفته أو بدله مع كون احدهما عالما ببطان الدعوى والاستثناء عليه يكون منقطعاً للحكم بصحته ظاهرا  
وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطالان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه  
متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر ولعل هذا التفسير اجرد بما قبله لانه مؤثر ظاهرا وهو الذي  
يناسب ظاهر حال الشارع بخلاف السابق لعدم التأثير فيه اصلا بل اطلاق المحلل والمحرم عليه انما هو  
بحسب ارادة المصطلحين خاصة وزاد في التنقيح في تفسيره بان يصطلحا على معاملة تؤدي الى الربا  
أو على جارية يأخذها احدهما بشرط أن لا يطأها انتهى وهذا حكاهما كاشف الرموز عن صاحب  
الواسطة وهذا يعطي انه يدخله الربا ويأتي الكلام فيه وقد يشعر اطلاق كلام التنقيح في المثال الثاني  
بان المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك باصل الشرع أو به وتوسط العقد وقد تقدم الكلام في  
مثل ذلك في باب الشرط في البيع عند بيان معنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم  
الا شرطا حلل حراما أو حرم حلالا وقد قلنا هناك ان مرادهم الاول الا ان يدل دليل على ارادة ما يعم  
الثاني وقد بينا الحال هناك ومعنى قوله في الكتاب أو صلحه مع انكاره ظاهرا الى آخره انه اذا انكر  
المدعي عليه المدعي به ظاهرا وصرح على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه ام لا فان  
هذا الصلح باطل بحسب الواقع ولا يشمر ملكا ان كان المدعي به عينا ولا ابراء ان كان ديننا سواء  
عرف المالك قدر حقه ام لا وسواء ابتداء هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لان صلحه ربما كان توصلا  
الى اخذ بعض حقه الا ان يعلم ان المالك قد رضي باطنا مع علمه بقدر الحق ووجه البطلان فيما لو كان  
المدعي كاذبا فصلحه المنكران الظاهر انه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة وانه مع عدم التراضي  
اكل مال بالباطل هذا بحسب نفس الامر اما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح وتام الكلام يأتي  
في ذلك كله **﴿ كقولنا ﴾** وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره وان افاد فائدته **﴿ قال في**

(التذكرة) الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره بل أصل في نفسه منفرد في حكمه ولا يتبع غيره وجعله في السرائر مذهب أهل البيت عليهم السلام والاجماع ظاهره أي السرائر في موضعين منها أيضاً وهو أي الاجماع ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام والمفاتيح وفي مجمع البرهان كأن ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامة لا مذهباً له والألما ادعى في التذكرة الاجماع من دون نقل خلاف وقد حكيت الشهرة عليه في التنقيح وجامع المقاصد والكفاية ولا يعجبني ما في المختلف والروضة من أنه الأشهر مضافاً إلى ما ذكره بعده في المختلف كما ستسمع ومما صرح فيه بذلك أي باصاليته وعدم فرعيته الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وایضاح النافع والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقيين من وجوه أحدها أن الأصل في العقود الاصلية كما في التذكرة وقد نسب في السرائر وكشف الرموز الخلاف إلى الخلاف لقوله فيه إذا أتلف رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً فآقر له به فصالحه على دينارين لم يصح إلى أن قال فلو أجزنا أن يصالحه على أكثر من دينار كان بيعاً للدينار بأكثر منه وذلك ربما لا يجوز (قلت) قد ذكر هذا الفرض بعينه في المبسوط وحكى عن أبي حنيفة أنه جوزة وقال أنه قوي لا بنا أننا أن الصلح ليس ببيع وأنه عقد قائم بنفسه ونسب الخلاف في المختلف إلى الشيخ في المبسوط ثم قال أن الشيخ في المبسوط قال أنه ليس فرعاً للبيع وإنما هو عقد قائم بنفسه وتبعه جماعة من المتأخرين على نسبة الخلاف إلى المبسوط جازمين به وزاد أبو العباس نسبته إلى القاضي ولو كان كذلك لنبه عليه في السرائر بل قال أي في السرائر أنه أي الشيخ فيه أي المبسوط موافق له قال قال في (المبسوط) بعد أن ذكر مقالة الشافعي ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما بيناه فيما مضى انتهى (قلت) وهو كذلك غير أنه لم يصرح بأنه لا أحد من العامة واحتمال أن تكون الإشارة إلى خصوص المثل الذي ذكره بعيد جداً نعم يمكن أن تكون الإشارة إلى خصوص عدم اجرائه مجرى البيع ويكون قائلاً باجرائه مجرى غيره من الاجارة وغيرها ويدفعه أنه لا قائل بالمصل قال في (المبسوط) بعد أن نقل اجماع المسلمين على جوازه مانصه فالصلح ليس بأصل في نفسه وإنما هو فرع لغيره وهو على خمسة اضرب (أحدها) فرع البيع (ثانيها) فرع الابراء (ثالثها) فرع الاجارة (رابعها) فرع العارية (خامسها) فرع الهبة وسنذكر هذه الاقسام إذا ورث رجلان من مورثهما مالا فصالح أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشيء فإن هذا الصلح فرع البيع ويعتبر فيه شرائط البيع فما جاز في البيع جاز فيه وما لم يجز فيه لم يجز فيه ومن شرائط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً فيجب أن يعلم قدر نصيب البائع من التركة ويشاهد جميعاً إلى أن قال ويقوى في نفسي إلى آخر ما في السرائر وقد سمعت ما حكيناه عنه آنفاً في من أتلف ثوب غيره والذي بينه فيما مضى في باب البيع هو قوله فيه أي المبسوط أن كان الصلح معاوضة فليس له الرجوع فيه يعني في المجلس لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين ولا دليل على اجرائه مجرى البيع انتهى لكن كلامه فيما إذا ادعى عليه أن هذه الدار داره فآقر له بها ثم صالحه على سكنها سنة صريح فيما نسبوه إليه ونحوه غيره كما ستعرف وعلى تقدير أن يكون ذلك مذهباً للشيخ فالفرق بينه وبين الشافعي أنه لا بد عند الشافعي من سبق دعوى ومنازعة بخلاف الشيخ والفرق بين الشيخ والأصحاب أن حكمه عنده حكم ما جعل فرعاً له في الأحكام فحيث يكون فرع البيع يحتاج إلى شرائطه وتجري فيه جميع أحكامه وحيث يكون فرع العارية

ويصح على الاقرار والانكار اجماعا ( متن )

والهبة على بعض الوجوه أو السكنى كذلك كما إذا قيد بوقت يكون جائزا وبالجملة حكمه عنده حكم ما أفاد فائدته وعندهم لا يكون الا لازما مع استكمال شرائطه وتحرير مذهب الشافعي انه فرع البيع حيث يكون في يده عين أو في ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصلحه على ما يتفقان عليه فهو فرع على البيع بل هو بيع عنده وفرع الابراء حيث يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم يصلحه على أن يسقط بعضه ويدفع اليه بعضه وفرع الاجارة حيث يكون له عنده دين أو عين فيصلحه من ذلك بخدمة عبد أو سكنى دار مدة وفرع الهبة حيث يدعي عليه دارين أو عبيدين وشبههما فيقر له بهما ويصلحه من ذلك على أحدهما فيكون هبة للآخرى وفرع العارية حيث يكون في يده دار فيقر له بها فيصلحه على سكنائها شهرا فيكون ذلك عارية ولا يخفى قصور دليله إذ قد يفيد فائدتها وليس هو هي كما أن الوصية بمنفعة الدار تفيد فائدة الاجارة وليست هي وكذلك السكنى والرقي والعمرى وكذلك القسمة والهبة المشروطة بالعرض تفيدان فائدة البيع وليستا يما ~~ح~~ قوله ~~ح~~ - ﴿ ويصح على الاقرار والانكار اجماعا ﴾ كما في المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضة والكفاية سواء كان المدعي به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وهو من خواصنا ومتفردات الامامية لان الخفي لا يبيزه الا مع الانكار والشافعي لا يبيزه الا مع الاقرار كما في كشف الرموز وايضاح النافع والتنقيح والاجماع على جوازه مع الانكار صريح الغنية وظاهر الخلاف والمراد بصحته مع الانكار صحته بحسب الظاهر ودليل ذلك بعد ذلك عمومات الكتاب والسنة وانه سبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالأبراء وانه لو لم يصح مع الانكار امتنعت أكثر فوائد الصلح لانه شرع لقطع النزاع وهو انما يتحقق مع المخالفة بين المتداعيين وهو أن ينكر أحدهما مادعاة الآخر وقول الشافعي انه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصح كما لو باع مال غيره (فيه) انا نمنع بطلان المعاوضة بالصلح على ما لم يثبت فانه عين المتنازع فيه وحمله على البيع قياس وبيان الحال في المقام ان صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لا ريب فيها لمعلوميته عند صاحبه ولا فرق بين أن يصلح عنه بأقل منه أو بأكثر لمكان العلم وحصول التراضي وأما في صورة الانكار فانه باعتبار اختلاف الخصمين نفياً وإثباتاً يحتمل أن يكون المدعي محقاً اذا ادعى على المنكر ديناً أو عيناً فالصلح وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر وعدم صحة الدعوى بعد ذلك لصحته بحسب الظاهر الا انه لا يفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح فيما لو فرض انه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع أو على بعض العين بل يبقى مشغول الذمة بالباقي وانما تبرأ ذمته بقدر مادفعه خاصة لمكان ايصال بعض الحق لا للصلح كما أفصحت بذلك صحيحة عمر ابن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل حق فطله حتى مات صاحبه ثم صالح ورثته على شيء فآلدي أخذ الورثة لهم وما بقى فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة وان هو لم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به وفي هذا الحديث خمس فوائد ونحوه الموثق وفي معناه أخبار أخرى ولو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغضوبة ولا يستثنى له مقدار مادفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلاً في نفس الامر لم يستبح ما صولح به من عين أو دين لان هذا كله أكل مال بالباطل وانما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع

من غير سبق خصومة ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلا به دينا كان أو عينا (متن)

بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله وقد عد ذلك من صور الاكراه على الصلح كما يأتي ومثل هذا لا يعد تراضيا  
يبيح أكل مال الغير كما نبه على ذلك في المسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وقال في (المسالك  
والروضة) نعم لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة أو قرينة يخرج بها عن الكذب المحض كما لو وجد المدعي  
بخط مورثه ان له على فلان، الا أو شهد له من لا يثبت الحق بشهادته شرعا ولم يكن المدعي عالما وانما ادعى  
بناء على هذا الفرض وتوجهت له اليمين على المدعى عليه فصالحه على اسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة  
فالتوجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ونحو ذلك ما في المفاتيح  
ولا يخالوا من تأمل كما في الكفاية ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتمهة حيث تتوجه اليمين على المنكر  
ولا يمكن ردها ﴿ قوله ﴾ ﴿ من غير سبق خصومة ومع سبقها ﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه  
﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلا به دينا كان أو عينا ﴾ التقييد بكون المصالح  
عليه متنازعا فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرايع وغيرها غير لازم بل مبني على الغالب اذ الحكم  
أت في مطلق المصالح عليه وان لم يكن بمنزعة مع علمها بما يتصالحان عليه وجهلها به كوارث تعذر علمه  
بمقدار حصته وشريكه اترج ماله بمال آخر بحيث لا يتميزان ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك  
وكيف كان فقد قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء  
علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلا به دينا كان أو عينا وسواء كان (ارثا خ ل) ارشا أو غيره عند  
علمائنا أجمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه في الجملة وظاهر المسالك الاجماع على الصحة مع جهلها بمقداره  
بحيث تعذر عليهما علمه (قلت) فهنا أربع صور (الاولى) أن يعلم ما وقعت فيه المنازعة (الثانية) أن  
يجهلا ويكون مما تعذر معرفتهما له مطلقا (الثالثة) أن يجهلا ويمكن معرفته في الحال (الرابعة) أن لا يمكن  
معرفته في الحال كهدم المكيال أو الميزان أو كون النصب من الميراث يتعذر العلم به في الحال مع امكان  
الرجوع بعد ذلك الى عالم بعد ميسس الحاجة الى أخذه أو كون العوضين غائبين أو أحدهما وتعذر  
الاحضار أو نحو ذلك (أما الاولى) فالحكم فيها بالصحة واضح من غير ريب كما في الكفاية لارتفاع الجهالة  
ويجبي في المبطل بمنزعة ما تقدم ولا فرق بين كون المدعى دينا أو عينا وكون الصلح بمقداره أو أقل  
أو أكثر مع حصول الرضا لصحة المعاملة ظاهرا وباطنا (وأما الثانية) فكذلك لتطابق النصوص  
والاجماع والفتاوى عليها مع موافقة الحكمة والاعتبار أما النصوص فبالعموم والخصوص أما الاول  
فعموم السنة مع موافقة عموم الكتاب وأما الثاني ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام  
وفي صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام وصحيح منصور بن حازم وموثقه عن أبي عبد الله عليه  
السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له  
عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندني قال لا بأس اذا تراضيا وطابت أنفسهما  
ونحوها غيرها وقد يقال انها ليس فيها صراحة بالصلح فليتأمل فقد استدلوا بها على ذلك من دون تأمل  
ولعلمهم يريدون انه اذا صح بالمعاطاة فالاولى أن يصح بعقد الصلح وقد سمعت ما في التذكرة والمسالك  
من الاجماع وعليه المدار (وأما الاعتبار) فان من عليه حق يجهل هو ومالكه قدره ويريد ابراء ذمته  
يجب أن يكون له طريق اني ذلك ولا طريق الا الصلح فوجب أن يكون سائغا والا لزم الحرج والضيق



وانه اذا صح الصلح مع المسلم فبالاولى أن يصح مع الجمل لانه في الاول له طريق الى التخلص ومع الجمل لا طريق له ولولم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال فتأمل (وأما الثالثة) فقد منع من صحة الصلح فيها في التحرير والتذكرة والدروس والمهذب البارع والتنقيح وظاهر الكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وقد توذن عبارة التذكرة بالاجماع عليه ولعله لمكان الجمل والغرر فهما الموجبين للضرر بالزيادة أو النقص مع امكان التحرز عنها فيكونون قد رجحوا عموم أدلة التهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح لاعتضاد تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دورانها في كلامهم وتقديمها عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلة الصحة فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصا بما لا ضرر فيه ولا جهالة وقد يكونون يقولون انهما تعارضا فتساقطا فرجعنا الى حكم الاصل الاصيل وهو عدم الصحة وقد ترجح عموم أدلة الصلح بكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة وبأن الصلح أوسع من البيع ونحوه لانه قد شرع على المساهمة والمساهلة ولهذا يجوز عند تعذر العلم وذلك لا يجوز في البيع الا أن تقول ان ذلك أيضا جائز في البيع كبيع اس الحائط وأخشاب السوق وطبي البئر ولك أن تقول ان الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي فمع جهالته أولى فتأمل وباطلاقات كثير من العبارات لكن الاول أشبه بأصول المهذب وعليه أي على الاول فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصح وكذلك الصلح على نصيب شخص من ميراث مع امكان العلم بقدره في الحال لكن في الارشاد ومجمع البرهان انه يكفي فيما وقع عليه الصلح العلم في الجملة وقالوا انه يكفي المشاهدة في الموزون ويأتي تمام الكلام (وأما الرابعة) فالصحة فيها خيرة الدروس والمهذب البارع والتنقيح والمسالك لتناول الادلة كلها مع انه قد تقضى الحاجة به وتمس الضرورة اليه لانه لا يصرح الطريق فيه وحصول الضرر بالتأخير وليس من ذلك ما اذا كانا معدومين كأن يصرح بما ستحمل به دابته على ما ستحمل به دابته وبالدار التي سيبنيها على الدار التي سيبنيها أو أحدهما موجودا والآخر معدوما لعدم تناول الادلة له وان قلنا بالتناول قلنا انها مخصوصة بغير ذلك لما فيه من الجمل والغرر الموجبين للضرر والسفه واذا علم أحدهما دون الآخر وجب اعلامه كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة والكتاب) في آخر الباب وجامع المقاصد انه لا يحكم بالصحة بدون الاعلام ومرادها انه لا يصح الصلح في نفس الامر بدون الاعلام اذا كان المصالح به بدون قدر الحق كما نبه عليه في الدروس والتنقيح والمسالك وغيرها كما تقدم (وتنقيح) البحث ان يقال اذا كان العالم هو الغريم فقط فاما ان يكون الحق عينا أو ديناً فان كان الأول فاما ان يمكن ايصالها أولاً فان كان الأول أي يمكن ايصالها فقد تقدم ان الصلح لا يصح في نفس الامر وان كان ما صالح عليه أكثر من قيمتها ويمكن القول بالصحة ظاهراً بالنسبة الى المستحق خاصة في المقدار الذي أخذه بجعله مقاصة أو لمكان الخيولة وان كان لا يمكن ايصالها فالصحة بالأكثر والمساوي لا بالاقل وان كان ديناً فانه يصح مع المساواة والزيادة ولعله مما لا نزاع فيه وأما مع النقصان فلا يصح ولا يبرأ الا فيما قبله لا يصلح بعض الحق لا للصلح لما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن عليه السلام رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة الاف درهم فمات أيحوز لي ان أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم ولصحيحة عمر بن يزيد المقدمة وفي (الدروس) ان الاولى نص في الباب قلت وعابها ينزل اطلاق أدلة الصحة وصحيحة الحلبي وغير واحد عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح عليه فقال اذا كان بطيب نفس من

وهو لازم من الطرفين لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ولا بد من متعاقدين كاملين وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك (متن)

صاحبه فلا باس واطلاقه أي الموثق وان شمل ما اذا وقع الصلح بقدر الحق وما اذا وقع بدونه الا انه لمكان غلبة الثاني مقيد به فيرجع في المساوي والزائد الى عموم أدلة الصلح ويقتصر في تخصيصها بالخبر على ما اذا كان بالاقل لأنه الغالب المتيقن هذا كله اذا لم يكن من له الحق قدرضي باطنا بالصلح بالاقل فلورضي به باطنا كان الصلح صحيحاً ظاهراً وباطناً كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وقد يستدل عليه بصحيفة الحلبي المتقدمة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح وان علم الزيادة ولا كذلك لو لم يرض باطنا فانه لو علم بعد ذلك مقدار الحق وزيادته عما صالح عليه بالينة أو الاقرار وكان له اخذ ما زاد وكان الصلح باطلاً باطناً وظاهراً وان كان قبل ذلك صحيحاً ظاهراً لعدم العلم بكونه خادعاً مبطلاً في صلحه اذ يكفي اشتباه حاله في صحة صلحه ظاهراً وان كان العالم صاحب الحق فقط دون الغريم ورضي بالصلح الواقع فان كان بقدر الحق أو اقل فالصلح صحيح في نفس الأمر عينا كان الحق أو ديناً ولعله اجماعي وكذا اذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم باطناً وأما مع عدمه فيصح ظاهراً لا باطناً كما قاله جماعة وقد تقدم أيضاً التنبيه عليه فلتلحظ هذه المباحث كلها فان للبحث فيها مجالاً ﴿ قوله ﴾ وهو لازم من الطرفين ﴿ كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والمعة والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح وهو معنى ما في الوسيلة والسرائر والتذكرة من انه اذا تم لم يكن لاحدهما رجوع على الآخر ولا خيار بعد انعقاده وفي (الكفاية) انه لازم على المشهور من كونه أصلاً في نفسه وهو كذلك والوجه فيه انه عقد والأصل فيه اللزوم للعموم فتفريع المعة اللزوم على كونه صلحاً جائزاً جيد جداً واعتراض الروضة بان الصلح أعم من اللازم كأنه في غير محله ومراد الشهيد بالجائز الصحيح لأنه لا يتصف عنده بالجواز وان وقع بغير عوض كما يأتي في مسألة السكنى ويجيء على قول الشيخ ان صح ما نسب اليه انه جائز في بعض موارد اذا كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه كما تقدم ﴿ قوله ﴾ لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ﴿ كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قضية كلام الباقي وفي (الرياض) نفى الخلاف عن فسخه بالتقابل (قلت) ولأنه تجارة عن تراض وكل مال بطيب نفس مضافاً الى ادلة استحبابها وعن (جمع البرهان) الاجماع عليه ويبطل أيضاً بظهور استحقاق احد العوضين كما صرح به جماعة وسيأتي ﴿ قوله ﴾ ولا بد من متعاقدين كاملين ﴿ اجماعاً كما في التذكرة كما ستسمعه ولا بد من صيغة ومن الايجاب والقبول كما في التذكرة وجامع المقاصد والمعة والروضة ولا بد من المقارنة كما في التذكرة ونسب ذلك كله في جمع البرهان الى ظاهر الاصحاب وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمة وتصح وظيفة كل من الايجاب والقبول من كل منهما بلفظ صالحت وقبلت كما في الروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ﴾ أي لا بد من العلم بما يتصلحان به وعليه كما في الحواشي والاظهر ان المراد انه لا بد من وجود مصالح به ومصالح عليه واشتراط العلم شي آخر كما ستسمع قال في (التذكرة) أركانه أربعة المصلحان ويشترط كونها جائزي التصرف كما في سائر العقود ورضاهما اجماعاً والمصالح عليه والمصالح عنه ويشترط فيهما التملك فلو كان غير مملوك مثل خمر او استرقاق حر

أواستباحة بضع محرم لم يقع ولم يفد العقد شيئاً بل يقع باطلاً بلا خلاف وكذا يبطل على مال غير  
 لعدم الملكية بالنسبة اليهما ولعله أراد بالتملك ما يشمل الحق كالشفعة والتحصير واسقاط الدعوى ونحوها  
 من الحقوق التي يصح الصلح عليها ووجهه أنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين وقد قيل عليه  
 ان الصلح اذا وقع موقع الابرء كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعدم شرعية  
 الصلح وليس فيه عوضان (واجيب) بانه يكفي في حصول المغايرة الجزئية والكلية كذا في جامع المقاصد  
 لكن في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وأيضاح النافع والمسالك  
 والروضة انه لو ادعى عليه دارا فاقر له بها ثم صالحه المقر على سكناه فيها سنة صح الصلح وقد صرح  
 (فيما خ ل) فيها عدى المبسوط بالازوم وعدم جواز الرجوع مع انه ليس هناك عوض والعين الخارجة  
 من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة اليه لثبوتها للمقر له بالاقرار قبل ان يقع الصلح فلا يكون  
 في مقابلة المنفعة عوض نعم لو انكر فصالح المنكر المدعي على سكنها سنة صح ولزم لان السكنى عوض  
 عن دعواه وكذا لو كان الساكن المنكر لانه عوض عن جوده وقد سهى في ذلك القلم في المسالك  
 وحكى الشهيد عن شيخه الفخر والعميد انه يصح بدون العوض ويكون فرع التملك كما لو قال مالك  
 المتاع صالحتك على هذا المتاع فقال المصالح قبلت فانه يصح ويكون كأنه قال ملكتك هذا الكتاب  
 انتهى فتأمل والظاهر انه لا نزاع كما في مجمع البرهان في انه لا بد من معلومية ما يقع عليه الصلح اذا لم  
 يكن هو مما يصالح عليه مثل ما في صحيحة محمد بن مسلم ومعناه انه يستثنى منه ما اذا لم يدر كل واحد  
 كم له عند صاحبه فانه يصح مع الجهالة حينئذ كما تضمنه الخبر ثم استظهر انه يكفي العلم في الجملة (قلت)  
 قد أوجب في التحرير والتذكرة ان يكون العوض معلوماً ان كان مما يحتاج الى تسليمه لافيا اذا كان  
 لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتنازعين في مواريث مجبولة لكن عبارة التحرير أظهر في  
 المراد من عبارة التذكرة وان كان قد يظهر منها الاجماع وفي (الدروس) ان الاصح انه يشترط العلم  
 بالعوضين اذا أمكن وهو الظاهر منه في موضعين آخرين وقد سمعت مافي الحواشي وقد تقدم نقل  
 مافي الكتاب وحواشيه والتتقيح والمهذب البارع والمسالك وفي (الارشاد) لا بد من العلم بما وقع عليه الصلح  
 وانه تكفي المشاهدة في الموزون وقد أطال المقدس الاردبيلي في الاستدلال بما لا ينهض دليلاً  
 وان صح ما حكي عن المبسوط من الفرعية كان الشيخ فيه موافقاً لهؤلاء في بعض مخالفا لهم في آخر  
 هذا ولا يشترط في مورد الصلح ان يكون مالا فيصح عن القصاص وعن عيب المبيع سواء قل العوض  
 أو كثر ولا سقاط الدعوى واسقاط الخيار والتحصير وحق الشفعة والاولوية في موضع مباح من الخان  
 والسوق والمسجد والمدرسة كما صرح به في التذكرة وغيرها وهو معنى قوله فيها أيضاً ولا يجوز الصلح  
 على ماليس بمال مما لا يصح أخذ العوض عنه والحاصل في المقام هو ما قاله فيها أيضاً من انه يصح الصلح  
 عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وان لم يجز بيعه ولا خلاف بينهم على الظاهر في ذلك (فلى هذا)  
 لا يصح الصلح عن اسقاط الدعوى بملف المنكر المدعي على انه يبرأ مما يدعيه لان صحة ذلك فرع  
 جواز مقابلة حلف المنكر بمال حتى يكون حقا ماليا يصح فيه الصلح وفرع كون هذا الصلح يفيد المدعي  
 فائدة لا تعود عليه بنقص مراده أو كرهه على أعظم مما فر منه أما الأول فلا ريب ان المدعي اذا  
 كان قاطعاً بكذب المنكر وانه ظالم عالم غير غافل كانت يمينه حراماً لا تجوز المصالحة

عليها (١) ولا يرد مثل ذلك فيما اذا صالح المنكر المدعي الكاذب على اسقاط دعواه بما له ماضى الى ذلك ويريد دفع ظلمه له وضرره عنه كما هو واضح وقد تقدم بيانه والمدعي فيما نحن فيه مختار وقد اوجب على المنكر بعقد الصلح الكذب الصريح ان صح الصلح كما يقوله الخصم ولا يرد أيضاً مثل ذلك ما اذا حلف الحاكم لان الحاكم لم يلزمه بذلك في عقد ولا غيره وانما يخبره بين الحلف والرد واداء المال فاذا خالف وحلف فقد ظلم نفسه وصاحبه باختياره والمدعي حاجة في تحصيل ماله فلا اعانة منه على الأثم ولا معاوضة له عليه تلزمه بذلك فلم يكن الحلف هنا سائفاً فضلاً عن كونه مما يقابل بما له فلا يصح الصلح به عن اسقاط الدعوى وأما الثاني وهو انه لا فائدة فيه فلان أقصى ما يتخيل أن المدعي أن يقول ان الخصومة عند الحاكم مكروهة وانا اصالحك حتى لا احضر وهذا أو هن شي لأنه يكون قد فر من المكروه الى الحرام ثم ان المنكر اذا حلف برأ كما تقولون وعاد النفع عليه بسقوط الدعوى عنه ولم يحصل للمدعي شي يفيد (فان قلت) لعله ينكل فيؤدي ما ادعاه عليه (قلت) هذا انكول عند غير القاضي فلا يلزم به بالحق قولاً واحداً على انه لو اتفق بترك الحلف لزم الحلف لان العقد كان على الحلف فعاد الى تركه وقد قلنا ان النكول لا يلزمه بالحق فمادت الدعوى باقية على حالها والمقصود اسقاطها ومثله ما اذا كان غرضه من تحليفه كاذبا هلاكه ليتشفى به فانه صلح على حرام لغرض حرام وقد عرفت حال النكول على ان هذا ليس من مباحث العلماء واما اذا كان المدعي عالماً بان المنكر ناس قاطع بعدم شغل ذمته وانه يحلف على البت واليقين كان بذله له ما لا على ذلك من السفه العظيم فالمصلحة عليه باسقاط الدعوى كذلك واحتمال وجود مصلحة في ذلك مع ظهور ذلك تعويل على الهبة واتكال على المنى على انه يكون قد صالح على الكذب على المذهب المشهور من انه مخالفة الواقع لا كما يقوله الجاحظ والنظام وأما اذا كان ظاناً كأن كان ولياً ليتيم أو مدعي عليه بسرقة أو غصب أو قتل فان دعوى الظان تسمع في هذه فان كان الاول فلا يصح أن يقابل حلف المنكر بما له كراهية الحضور عند الحاكم أو يحصل له الاطمئنان لانه يجب عليه الحضور عند الحاكم لانه مال يتيم واطمئنانه لا يجدي جدوى في اسقاطه دعوى اليتيم عنه اذا بلغ قطعا ويفرم ما دفعه في مقابلة الحلف من ماله لا من مال اليتيم لانه يقول له كنت تحضره عند الحاكم ففعله كان يقر ولا ضرر عليك لانه لا رد عليك فكانت مصاحبتك عبثاً محضاً وأما اذا ادعى على أحد هذين انه سرق أو غصب أو قتل وهو قاطع بان أحدهما سارق أو غاصب ظان بكل واحد منهما فالصلح على يمين كل واحد منهما بانفراده كالصلح على ما يحتمل انه خمر وهو باطل ثم ان أحد الصلحين وقع على ما هو خمر قطعا وأما اذا قال اني أظن أن لي عندك مائة مثلاً فصالحني على حلها بخمسين أدفعها لك مثلاً حتى أطمئن فان كان المدعي عليه عالماً بأنه مشغول الذمة له لا يصح له أن يصلح لانه يكون قد صالح على حرام هذا ان سلمنا جواز التحليف للظن وان كان المدعي عليه عالماً بالمدم مع الصلح ان كان يصح على غير حق لان الدعوى المظنونة ليست حقا ولا يلتفت اليها وهذا (وعلى هذا خل) أيضاً ان سلمنا مشروعية اليمين وبذلها في مثل ذلك حيث لا باعث عليها ولا ضرورة اليها ولا سيما اذا كان المقابل لها مال يسير جدا فان صح هذان صح الصلح على اسقاط الدعوى التي ليست بدعوى في هذا الفرد النادر وان قلنا ان الدعوى المظنونة حق وتسمع

(١) سواء كان المنكر كما اذا اعتقد المدعي أولاً اذا الشأن فيه كما لو علم زيد ان مافي يد عمر خمر وعمر يعتقد

انه خل فانه لا يجوز لزيد شراؤه (منه قدس سره)

## ولو صالح على عين بأخرى في الربويات في الحاقه بالبيع نظر (متن)

ويطلب لاجلها اليمين كان مصالحة المدعى على حلفه مصالحة على ما يظن انه خمر لانه ظان بكذبه ويكفي في البطلان احتمال كذبه وكون ما في يده خمر فضلًا عن ظنه وقد سمعت ما في الكفاية عند شرح قوله ويصح على الاقرار والانكار في آخر المسئلة وستسمع ما في التذكرة والتحرير عند شرح قوله ولو صالح الاجنبي المدعى لنفسه الى آخره قال في (التذكرة) مانصه ان جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعي المصالح فان لم يعلم لم يجز له دعوى شي لا يعلم ثبوته ونحوه ما في التحرير وبعض مشايخنا المعاصرين جرى ذلك في كل رطب ويا بس ثم انه اذا حلف بدون طلب الحاكم لا يسقط الدعوى وهي معاواة الصلح لانه حينئذ برضاها فاذا لم تصح المعاواة فيه لا يصح المقدم عليه ثم ان ثمره المسئلة سقوط البينة لو أقيمت بعد الدعوى ( وفيه ) ان مادل على سقوط البينة باليمين مختص بحكم التبادر وغيره باليمين المعهودة ومما ذكره يعلم انه لا يصح الصلح على استحقاق ولا على استحقاق الانكار وسيأتي للمحقق الثاني عند شرح قوله ولو صالح الاجنبي الميل الى صحة الاول هذا وقد تأمل مولانا الاردبيلي في نحو المسجد واعلم لانه متأمل في جواز أخذ العوض عنه وفي (الدروس) لا يصح عن الحد والتعزيرات والقسم بين الزوجات يعني على تركه ( قلت ) وكذا ترك الاستمتاع بهن وظاهر نكاح التحرير التوقف في الاعتياض عن القسم أو تمر يرضه وفي (الروضة) ان له وجها وتام الكلام في النكاح

قوله **ولو صالح على عين بأخرى في الربويات في الحاقه بالبيع نظر** كما في التذكرة ومنشأ النظر في الكتابين من امكان اختصاص الربا بالبيع لانه المتبادر من الاطلاق وكذا القرض ويبقى غيرها على أصل الاباحة مؤيدا بظواهر الآيات والاخبار الدالة على حصول الاباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات وليس هذا منها وأن الناس مسلطون على أموالهم خرج البيع والقرض وبقي الباقي وقد قال في (مجمع البيان) في تفسير قوله جل شأنه ( انما البيع مثل الربا ) ان البيع الخالي عن الربا مثل البيع المشتمل عليه وهذا قد يرشد الى التخصيص وانه يلزمه عدم جواز الزيادة في الهبة المعوضة لان الزيادة مطلقا عند الخصم حرام في الربويين الا أن نقول انه خرج بالاجماع فتأمل ومن أن ظاهر قوله تعالى ( وحرم الربا ) يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات وقول الصادق عليه السلام لعبد الرحمن ابن الحجاج لما سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لا يجوز الا مثلا بمثل وترك الاستفصال دليل العموم والضعف منحصر بالشبهة كما ستعرف وقوله أيضا عليه السلام في صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار وأيضا فانه حرام ومعلوم كونه بمعنى الزيادة وليس بمعلوم ثقله فيجب حمله على معناه القوي ويخرج منه ما هو حلال بالاجماع ويبقى الباقي تحت التحريم كما يرشده عدم تخصيصهم له بالبيع بل جروه في القرض مضافا الى ما ورد في علة تحريمه من ذهاب المعروف وتعطيل المعاش وقد يقول المحققون باننا لا نقول بنقله بل يقولون الزيادة المحرمة انما هي في البيع والقرض لمكان التبادر والاجماع وايست تلك علة شرعية وانما هي لبيان الحكمة والا لبطلت الخيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار ( وكيف كان ) فالقائل بالاول المصنف في ربا الارشاد والكتاب وصلح المختلف وظاهر دين الشرائع وصلح التحرير في مواضع وجامع المقاصد وهو ظاهر كل من فسره ( عرفه خ ل ) بانه شرعا بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر حيث أخذوا

في تعريفه البيع دون المعاملة وقد وقع هذا التعريف في السرائر والتحرير والتذكرة وشرح الارشاد لغفر الاسلام وتعليقه للكركي والمسالك وغيرها ولكن الامر في هذا سهل نعم لهم في الباب عبارات ظاهرة في ذلك كقولهم لو صالح على الموجل باسقاط بعضه حالا صح وقد نسبه في الدروس الى اطلاق الاصحاب وقولهم لو ألتف عليه ثوبا قيمته عشرة فصالحه بازيد أو أتقص صح وهذا هو المشهور مع انه يؤدي الى الربا ولهذا منعه في المبسوط والخلاف كما استعرف فيكون مختصا بالبيع الا أن تقول ان الصلح في المثال الاول ليس معاوضة أو أن التقيصة في مقابلة الحلول وان الصالح في الثاني ليس على القبضة بل على المثل وهذا مبني على أن القيمي يضمن بمثله وهو غير المشهور المعروف ويأتي تمام الكلام في هاتين المسئلتين وقد قلنا في باب الربا ان ذلك قد يظهر من المبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة ومجمع البيان واطراد ظهوره من المبسوط والخلاف في غير الصلح وكأنه ظاهر الاتصاف في الباب (وأما القول الثاني) وهو انه ثابت في كل معاوضة من صلح وغيره فهو خيرة الاكثر كما في آيات الوردية المسماة بمجمع البرهان في فقه القرآن وهو المحكي عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وصرح الايضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والروضة والمسالك والشرائع في باب الغصب وظاهرها في المقام (وفي جامع المقاصد) ان فيه قوة وتمسكا بجانب الاحتياط وجزم به في باب الربا وأما الشيخ والقاضي فان صح ما حكي عنهما من جعله بيما أو فرعا له فلا اشكال في تحريم الزيادة عندهما (هذا) وقد قال في الايضاح في شرح العبارة ألحقه الشيخ بالرويات وهو اختيار ابن البراج وهو مبني على احدى قاعدتين (الاولى) هل الصلح فرع البيع أم لا (الثانية) هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم يختص بالبيع وفي (جامع المقاصد) ان هذا كلام فاسد لانه لا معنى لاحقا له بالرويات عند الشيخ وابن البراج اذ هو بيع على قولهما ثم بناء ذلك على قاعدتين أعجب وان كان المبني كلام المصنف فأغرب لان المصنف قد حكم سابقا بأنه أصل برأسه لافرع على غيره فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعا وانما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع انتهى (قلت) أنت قد عرفت أن الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر انه فرع البيع قوياً انه أصل برأسه فعنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالرويات الى آخره انه جعله مما يجري فيه الربا من بيع وقرض اذا صالح في الرويات وان هذا منه أي من الشيخ مبني على احدى قاعدتين وهي أن الصلح فرع البيع ان استقر رأي الشيخ عليه لانه لم يجزم به في المبسوط وان كان مذهبه انه أصل برأسه كما قواه أخيراً كان مبني على القاعدة الاخرى وهو واضح لا غبار عليه وليس معنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالرويات انه ألحقه بالبيع خاصة حتى يتعجب منه على أن المصنف عبر باللاحق أيضا في الكتاب والتذكرة فيكون أراد في الايضاح بيان الوجه في الحاق الشيخ له بالرويات ليعلم منه وجه النظر في كلام المصنف باعتبار القاعدة الثانية ويحتمل أن يكون أراد أن النظر في كلام المصنف مبني على احدى قاعدتين فاما أن تكون هي الاولى وقد عرفت أن مختاره انه أصل برأسه فتعين أن تكون هي الثانية التي جزم بها في جامع المقاصد وقد يكون أراد في الايضاح التردد بين الاولى والثانية فيكون مراده أن المصنف رجع عن الجزم الى التردد وكم له مثل ذلك ويكون بيان مذهب الشيخ توطئة لاحتمال تردد المصنف بعد جزمه فيكون المراد لاستعظام التردد بعد الجزم لان الشيخ والقاضي قائلان بأنه فرع البيع ثم انه سيأتي للمصنف قرييا فيما اذا صالح عن (من خل) ألف حاله بخمسائة مؤجلة انه ابراء على اشكال وقد أقره في جامع المقاصد ولم يستعربه منه حيث تقدم له انه أصل برأسه

وكذا في الدين بمثله فان الحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حاله (متن)

والغرض تصحيح كلام الفحول الكبار وتنزيله على وجه ظاهر قريب جدا ورفع الاستعجاب عنه والاستغراب منه والافلا فائدة مهمة في تحرير ذلك وجعل وجه النظر في الحواشي من انه وسيلة الى الربا ومن انه اصل برأسه قوله **﴿﴾** وكذا في الدين بمثله **﴿﴾** كما ذكر ذلك في التذكرة قال في (الايضاح) ذكر هنا فرعين على كون الصلح بيعا أم لا (الاول) انه لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح بيعا لا يصح وعلى كونه ليس ببيع يصح (الثاني) لو صالح على الف بخمسمائة الى آخره ولا يعجبني جعله تفريعا كالثاني ونعم ما قال في جامع المقاصد قال أي وكذا يجيء النظر في الصلح عن الدين بمثله أي بدين آخر فانه يحتمل عدم صحته نظرا الى مشاركته للبيع في علة المنع فيشتركان في الحكم والاصح العدم (قلت) عبارة الكتابين (١) ذات وجهين (الاول) ان يكون هذا قسما من المسئلة الاولى في حقوق الربا لانه لما تأمل في الصلح على العين بالعين عطف عليه الصلح على الدين بالدين ولما كانت الاولى في الرويات فلتكن الثانية كذلك ولكنه كان يعني عن ذلك كله ان يقول ولو صالح في الربوي ففي الحاقه بالبيع نظر لانه يشمل الصلح على العين بالعين والدين بالدين لكن ما ذكره اوضح أو يكون افاد بذلك امرا آخر وهو ان الاقسام الممكنة هنا ثلاثة وان النظر مختص باثنين منها واما الثالث وهو الصلح على الدين بالعين فانه جائز جزما أو غير جائز جزما لكن يرد عليه انه ايضا محل اشكال ولا جزم فيه عنده باحد الامرين (الثاني) ما اشار اليه في الايضاح وجامع المقاصد وهو الصلح على الدين في ذمة زيد بالدين الذي في ذمة عمر ووجه النظر حينئذ انه هل يلحق بالبيع في المنع على القول باصالة الصلح في نفسه يحتمل ذلك لوجود المعنى المحرم لبيع الدين بالدين في الصلح اذ هو التفرير في المالين (بالمالين خل) ويحتمل المنع اقتصارا على النص وعملا بعموم شرعية الصلح واما الصلح على الدين بالعين بهذا التفسير يعني غير الربوي فانه جائز قطعا كالصلح فيه على العين بالعين وقد قسمنا بيع الدين في بابه الى ثمانية اقسام وهي تجري في الصلح (الاول) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بعقد آخر بدين كذلك (الثاني) ان يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بدين كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بمحاضر شخص مشار اليه (الرابع) بيع دين حال بمحاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين مؤجل حال بدين كذلك (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بدين مؤجل كأن يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فينبايان بالدينين قوله **﴿﴾** فان الحقناه فسد لو صالح من الف مؤجل بخمسمائة حاله **﴿﴾** أي أن الحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد أي فيكون كما لو باع الف مؤجلة بخمسمائة حاله وهو فاسد لوجود الربا فيه من وجهين وقد نص على صحة هذا الصلح في التحرير وهو قضية كلام المختلف وإبي علي وستسمع ما في الدروس من نسبه الى اطلاق الاصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدرهم ببعضها مطلقا وقال في (الدروس) اذا صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا صح اذا كان بغير

(١) أي التذكرة والكتاب (منه قدس سره)

ولو صلح من ألف بخمسمائة مؤجله فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل (متن)

جنسه واطلق الاصحاب الجواز اما لان الصلح ليس معاوضة أولان الربا مختص بالبيع أولان النقيصة في مقابلة الحلول (قلت) الاحتمال الاخير ضعيف واضعف منه الاحتمال الاول ولعله نظر في نسبتته الى اطلاق الاصحاب الى قولهم في باب الدين يصح تمجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي لان هذه العبارة وقعت في الاتصار والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة وغيرها وفي الاول الاجماع عليه ومن طرق الاسقاط الابراء والعفو والصلح والظاهر الثاني كما فهمه الشهيد لا مطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل شرعا والا فالتعرض لصحته في المقام قليل جدا كما عرفت وقد استدلوا عليه هناك بمرسل ابان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل النصف من حقي على أن اضع عنك النصف يحل ذلك لو اخذ منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته وقال في (الدروس) ايضا لو صلح عن الربوي بنقيصة من جنسه روعي احكام الربا لانها عامة في المعاوضات على الاقوى الا ان تقول الصلح هنا ليس معاوضة بل هو في معنى الابراء وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لكم بن مالك لما تقاضى ابن ابي حديد ديننا كان له في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فخرج اليهما فنادى يا كعب قال لبيك قال فشار اليه أن ضع الشرط من دينك واتبعه بالباقي قال قد فعلت اترك الشرط واتبعه ببقية وروي ذلك عن الصادق عليه السلام وينبغي ان تكون صورته صالحتك على الف بخمسمائة فلو قال بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة والاقوى جوازه ايضا لاشتراكهما في الغاية (الملة خل) انتهى (قلت) قد اختار في الدروس أن الصلح اصل برأسه فكيف يقول انه ليس معاوضة بل في معنى الابراء ثم ان الرواية التي استند اليها ليست بصحيحة ولا صريحة لانها لم تشمل على لفظ الصلح وانما اشتملت على الترك الصريح في الابراء ونحن نقول بموجبه وكلامنا في المقدم الواقع بلفظ الصلح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صلح من الف بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل ﴾ كذا قال في التذكرة وفي (جامع المقاصد) أن الذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرم وفي (التحرير) أن الوجه الصحة وهو قضية كلام المختلف وفي (الايضاح) الاصح انه معاوضة لمخالفة الحال والمؤجل والزائد والناقص ومعناه ان المغايرة بين العوضين ثابتة وان احدهما وقع في مقابلة الآخر فتكون معاوضة ويجوز فيها احتمال الربا وعدمه واحتمل أي في الايضاح الابراء وبه جزم في الدروس لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي والرواية النبوية ان كانت مما يسندل به فليستدل بها هنا ومنه يعلم وجه الاشكال وجعل منشاؤه في الحواشي من انه ابراء محض ومن عدم لفظ الابراء وظاهره أن لا معاوضة فيه ومما ذكر يعرف فرق المصنف بين هذه والتي قبلها انه في التي قبلها جعل الحلول في مقابلة الخمسمائة فامتنع الابراء فيها لان الابراء اسقاط محض بخلاف الاخيرة فان الخمسمائة المستقلة ليست في مقابلة شيء والاجل المشروط نقصان آخر وهو اي الفرق ليس بشيء وفي (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر واما لزوم التأجيل أن قلنا بالصحة فواضح والمخالف الشافعي فيما حكى الشهيد لما جزم بانه ابراء من خمس مائة قال لا يلزم الاجل بل يستحب الوفاء به وفي (الدروس) انه لو صلح عن الف مؤجلة بالف حالة احتمال البطلان لانه في معنى اسقاط الاجل وهو لا يسقط باسقاطه نعم لو دفعه اليه



وليس طلب الصلح اقرار بخلاف بعني أو ملكني ولو اصطلاح الشريكان على أن لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح (متن)

وتراضيا جاز وكذا لو صالح عن الحال بالموجب بطل زاد في العوض أولا اذا لا يجوز تأجيل الحال قال والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوتها في الثانية عملا بالصلح اللازم (قلت) لا ريب انه لا يجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلا ولو يوما أو اقل حيث يقدر فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثاليين وما باله في جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله انه ابراه على اشكال مع انه سلف له انه اصل برأسه كما استغرب نحو ذلك من ولده آتفا **قوله** ﴿ وليس طلب الصلح اقرار بخلاف بعني أو ملكني ﴾ كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة والروضة وفي (التذكرة) أن طلب الصلح ليس باقرار وانه ظاهر عندنا لان الصلح يصح مع الانكار والاقرار فقد يراد به قطع الخصومة وقد يراد به المعاوضة واذا احتملها لا يحمل على الاقرار ويتم ذلك في العارف بالحكم ونسب الخلاف الى الشافعي حيث ذهب الى عدم صحته مع الانكار ففرع عليه ان طلبه اقرار لان اطلاقه ينصرف الى الصحيح وانما تصح مع الاقرار فيكون مستلزما له ويتم هذا في العارف ايضا وظهرها اي التذكرة الاجماع على أن بعني اقرار وان المخالف بعض الشافعية وانه لا خلاف بين العلماء في أن ملكني اقرار وقال في موضع آخر لو قال بعنيها أو هبنيها فالمشهور انه اقرار وفي معناه اجرتي واعرتي وزوجتي الجارية لو كان التنازع فيها ومعنى كونه اقرارا انه اقرار لخصمه بانه ملكه لمكان نزاعه معه وكونه تحت يده مثلا من غير مراض غير المقر والاصل عدم مالك آخر ولو خفي عن هذه القرائن لم ينفد الا كونه ملكا لغير المقر في الجملة واما كونه ملكا لمن طلب منه البيع ونحوه ففيه نظر لكونه اعم من كونه ملكه اذ قد يكون وكيلًا فيرجع الى كونه مالكا للبيع لا للبيع **قوله** ﴿ ولو اصطلاح الشريكان على ان لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح ﴾ كما عبر بذلك ومثله من دون تفاوت اصلا في الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة والسكفاية وقد يهيم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة لما اذا اشترط ذلك في عقد الشركة أو بعد العقد في اثناء الشركة وان لم يريد القسمة وليس كذلك كما ستعرف وقال الشيخ في النهاية والشريكان اذا تقاسما واصطاحا على ان يكون الربح والخسران على واحد منهما ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزا وهذا يفضي ان ذلك انما هو عند انقضاء الشركة وارادة فسخها كما صرح بذلك في السرائر والتحرير والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وايضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقي الارشاد والنافع والمسالك والروضة والمفاتيح وكذا التذكرة بل في الاولين زيادة التصريح بأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح والخسران والتقد والنسيئة والعروض وسلم اليه وعليه تنزل العبارات المتقدمة لاننا لو لم ننزلها على ذلك وقلنا بأن الشرط المذكور كان في عقد الشركة أو بعده لما صح تسميته صلحا لانه يكون شرطا في عقد الشركة لا صلحا على الاول لانه ان أتى بلفظ الشرط فظاهر كأن يقول شاركك بشرط أن يكون الربح لك فيقول قبلت وان أتى بلفظ الصلح كأن يقول شاركك لنعمل في هذا المال واصلحتك على أن يكون الربح لك فيقول قبلت فلا صلح أيضا لان الصلح من أركانه العوضان ولا عوض هنا وعلى الثاني وهو ما اذا كان بعد العقد فان أتى بلفظ الشرط فلفظ الشرط وان أتى بلفظ الصلح

قبل المزج أو بعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح اذ لا عوض خصوصاً اذا كانت العين قائمة لم تمزج واذا كان شرطاً في عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها لان مقتضاه ان الربح والخسارة تابان لرأس المال فيكون مخالفاً للكتاب والسنة فيكون فاسداً وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المناقاة لمقتضى العقد لانه لا لزوم واشترطه يوجب النزول المتأني له كما تخدلق به صاحب الحدائق وذلك لان مقتضى عقد البيع انما هو الانتقال خاصة والزرور من صفاته وكيفية الخارجة فاشتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه بخلاف الشركة اذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالتقضى كاشتراط عدم الانتقال في البيع لكننا قد حققنا في باب الشركة ان هذا الشرط غير مناف لها والا لما ساع اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع أنه يجوز اجماعاً (وقد يقال) ان اشتراطه في عقدها يقضي بطلانه وصرفه الى عقد آخر وهو القرض وهو بعيد جداً كما يأتي وان قلت انه بعد العقد فقد عرفت انه لغو غير لازم اذ ليس بصلح فاشتراطه في اثناء الشركة بعد العقد والاستمرار به على الشركة لا وجه له في الاخبار وكلام الاصحاب لانه غير لازم نعم يلزم بالصلح بعد ثقله أو ظهور الربح أو اشتراطه في عقد آخر لازم ولعله حينئذ يلزم منه ارادة الفسخ والقسمة كما قالوا أو العدول عن عقد الشركة الى عقد القرض فقد اتفقت الكلمة وظهر المراد من العبارات المتقدمة مضافاً الى ماسياتي في باب الشركة لمن أطلق كالمحقق في الشرائع والنافع مما يوافق من قيد هنا لانه يذهب في باب الشركة الى عدم صحة اشتراط الزيادة لاحدها وهو أيضاً من الشواهد على تنزيل عبارتي الكتاين على ما ذكرناه ولا كذلك عبارة الارشاد والتبصرة والكفاية فانه قد اختير فيها جواز اشتراط كون الربح لاحدها في باب الشركة وفاقاً للمرتضى وغيره وقد نسب ذلك في الروضة الى الشيخ وجماعة ولا ريب ان البيئة لم تصادف محلها لانا لم نجد في كتب الشيخ في البابين ولا غيره ولا حكاها حاك غيره سوى شيخنا صاحب الرياض فانه حكى نقله معولاً على الروضة كما هو عادته نعم قال في اللمعة ولو شرطاً بقاؤها على ذلك ففيه نظر ولفخر الاسلام في شرح الارشاد والمقدس الاردبيلي كلام يعطي ذلك مستمعاً انشاء الله تعالى والاصل في الباب صحيحة الحلبي أو حسنة براهيم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحاً فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح عليك التوي قال لا بأس اذا اشترط اذا كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله ورواه في التهذيب عن الكناني وفي (النهاية) عن حماد عن الحلبي الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب أيضاً عن الحلبي الا انه قال وكان المال ديناً ولم يذكر العين ولا عليهما دين ورواه أيضاً عن داود الابزاري الا انه قال وكان المال ديناً وعينا وليس في الاخبار عموم الحكم بصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده وان لم يريد القسمة بل الاخبار لمكان ذكر الشركة أولاً وتعبها بالقول بان الربح والحسران لاحدها وبقوله فربحاً ربحاً وقوله وكان من المال دين ظاهرة في القيد الذي قلنا ان الكلمة متفقة عليه ولعل السر في قوله عليه السلام اذا اشترطوا خلو السؤال عن بيان رضی الآخر وانما اشتمل على صدور القول من احدهما أو يكون المراد اذا تراضيا رضی يحصل به اللزوم كوقوعه في عقد صلح ونحوه وهذا هو الذي فهمه الاصحاب فذكروا ذلك في الباب وليس المراد انه اذا اشترط في عقد الشركة لما عرفته عند بيان كلام الاصحاب لأنه على هذا يكون دالاً بمفهوم الشرط على ثبوت البأس اذا وقع في غير عقد الشركة (ومنه) ما اذا وقع بعقد الصلح عند اعادة القسمة

وهو خلاف كلام الاصحاب وفيه مالا يخفى لانه يدعي انه ليس النظر بالمفهوم الى ذلك وتحرير المقام في باب الشركة هذا وقال فخر الاسلام الرواية على خلاف الاصل لان الاصل ان يكون الربح تابعا لاصل المال ويمكن تأويلها بحمل الصلح على تملك أحد الشريكين نصيبه للآخر قرضا قال لكن يلزم من هذا التأويل انقضاء الشركة وان يكون نصيب من له رأس ماله ثابتا في الذمة لاقى نفس عين المال ثم قال والاولى ان يقال انه يعمل بها في مورد النص ولا يتعدى الى غيرها وانما يكون ذلك اذا كان المال قرضا لان الانسان لا يملك ربح مال غيره كله فلا بد ان يكون على جهة القرض لان الاصحاب ذكروا ذلك اعتمادا على رواية تقريره ما ذكرناه انتهى وهو يعطي ان الشرط كان في نفس عقد الشركة ونحوه ما في مجمع البرهان من ان غاية منافات هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركة وهو غير لازم لبطلان الشرط فقد يكون ذكره في عقدها كناية عن ارادة الاقراض دون الشركة وهو مقتضى عموم أدلة الصلح وكونه بعد المعاملة وبعد ظهور الربح وكون بعض المال ديننا وبعضه عينا ليس بشرط اتفاقا على الظاهر انتهى حاصله وانت خبير بأنه يرد عليهما بان ذلك بعيد عن الاخبار وعن كلام الاصحاب الذين يجمعون من أركانه الموضين وعن قصد المتعاقدين المفروضين فيها اذ لا باعث لهما على لفظ صالحتك وهلا قال له اقضك ان هذا لتجشم شديد مضافا الى القرض لا يجوز فيه الرجوع بالعين وان كانت قائمة باقية لم يمزج ومقتضى الشركة لان كانت غير لازمة جواز الرجوع فالتأولون بهذا الشرط قائلون بجواز الرجوع فكيف يصرف الى غيره ولا يصح الاستناد في ذلك الى قوله في الدروس ولو جعلنا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية تدل عليه اذ الظاهر ان مراده ان الرواية تدل على المنع لاعلى الجعل وفيه تأمل ولا بد من مراجعة باب الشركة فانا قد استوفينا فيه الكلام محرراً وينبغي تقييد الحكم بما اذا علم بالربح أو جهلا به بعد ثقله في الاعراض ولو جهل أحدها به وعلم به الآخر وأخفاه عنه فلا يصح كما تقدم وقال في (المسالك والروضة) في توجيه كلام الاصحاب ان ذلك عند انقضاء الشركة واردة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابرأ قلت هذا يعطي ان الصلح قبل العلم بظهور الربح أو الخسران أما اذا ظهر أحدهما فالصلح بمنزلة الهبة مطلقا لأن المصالح الذي أخذ رأس المال بمنزلة الواهب عند ظهور الربح وأما عند ظهور الخسران فالآخر أيضاً بمنزلة الواهب وأما في صورة الجهل فمن المعلوم انهما لا يجتمعان ولا يعرف الواهب منهما ظاهراً للجهل بالربح والخسران فيكون مورد الهبة والابرأ ما كان مقدراً محتملاً ويزيد الثاني بوردته على العين ولعله اراد ان المصالح يعني صاحب رأس المال على تقدير الزيادة يكون بمنزلة الواهب للمصالح له لكن المصالح له لما قبل الصلح سواء ربح المال أو خسر سقطت مطالبته بما نقص من حصته عما في يد المصالح على تقدير الخسران فكان بمنزلة الابرأ لانه لا يمكن ان الذمة يكون هبته لانه لم يصدر من الموجب المصالح قبول كما هو المفروض (فان قلت) ولا يمكن ان يكون ابراء لان متعلقه الذمة والمفروض بقاء العين في يد المصالح (قلت) قد قال الشهيد في قواعده ان معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام والالزام الى ان قال انما هي نسبة مخصوصة يقدرها صاحب الشرع عند وجود سببها انتهى وحاصله ان الابرأ محله الدين وغيره المالي وغيره ولهذا صح ابراء الكفيل من احضار المكفول بسبب تقدير الذمة هنا الشركة وهي تقتضي المطالبة بكامل الحصص واحتمال الابرأ انما هو من حق المطالبة بكامل الحصص والصلح من شأنه ان يقع على المعلوم وعلى المقدر المجهول

ولو صالح عن الدنانير بدرهم أو بالعكس صحح ولم يكن صرفا ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه ولو صالح على ثوب ألقه بدرهم على درهمين لزم (متن)

ولما احتمل تقدير الزيادة هنا ورد مورد الهبة ولما احتمل تقدير الخسران ورد مورد الأبراء فكان المراد بالذمة هنا إمكان الاستحقاق في الواقع وبالأبراء إسقاط حق المطالبة الذي هو له في الظاهر كإسقاط الدعاوي والإيمان وإن كان المدعى به عينا لعدم ظهور كونها للمدعى فليحفظ هذا كله وليتأمل فيه جيدا وقد عرفت أن الصلح أصل برأسه فلا حاجة إلى هذه التزييلات والتكلفات الساقطة وتحجير كلام الأصحاب في المسئلة من متفردات هذا الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن الدنانير بدرهم أو بالعكس صحح ولم يكن صرفا ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وظاهر التذكرة الإجماع عليه وفي موضع آخر منها لا يشترط في الصلح عن الأيمان ما يشترط في بيع الأيمان عندنا والمخالف الشيخ في المبسوط وأبو علي فيما حكى عنه قال في (المبسوط) إذا صالحه من دراهم على دنانير ومن دنانير على دراهم صح الصلح وهو فرع الصرف فما صح فيه صح في الصلح وما بطل فيه بطل في الصلح إلى أن قال إن قبضها قبل أن يفارقه جاز وإذا قبض البعض وفارقه فقد بطل الصرف فيما لم يقبض ولم يبطل فيما قبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان لأنه بإفادته فائدة البيع صح على العين وإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة والحكم في المجانس والمخالف فرع ذلك والأصل في ذلك الأصل وعموم أدلة الصلح بل يصح بذلك ( ١ ) ما هو أعم من ذلك كالصلح على الحقوق كحق الشفعة والحيازة وأولية التحجير والسوق والمسجد كما تقدم وبه صرح في أكثر ما تقدم بعين أو منفعة أو حق آخر مالي والضابط فيما يصلح به وعنه أن يكون عينا أو منفعة أو حقا ماليا كما تقدم عند شرح قوله وما يتصلحان به إلى آخره والمراد بالجنس كل ما يدخل تحت اللفظ الخاص مع الاختلاف في الوصف كأنواع الخنطة والشعير وبه يفرق بين الجنس والمثل الذي راده في اللمعة ويصح الصلح على الثمرة والزرع قبل بدو الصلاح والحاصل أنه يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء جاز بيعه أم لا كما في التحرير وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح على ثوب ألقه بدرهم على درهمين لزم ﴾ وصح الصلح بغير خلاف كما في السرائر وعندنا كما في التذكرة وهو المشهور كما في الحواشي واللمعة والدروس قال في الأخير لأن مورد الصلح الثوب وهو الذي قواه في المبسوط واستقر رأيه عليه وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف وظاهر اللمعة والحواشي والروضة ومجمع البرهان والكفاية التردد كما أنه استشكل في الدروس ومنع من صحته في الخلاف وجامع المقاصد والمسالك وهو المحكي عن القاضي وبه حكم في المبسوط في أول كلامه ثم قوى الأول كما عرفت فما حكى عنه في الدروس وغيره لم يصادف محله (وقال في التحرير) أن صالحه عن الثوب بأكثر من قيمته جاز وإن صالحه عن القيمة لا يصح (قلت) صريح المجوز والمانع أن الصلح عن الثوب وقد سمعت ما في الدروس

﴿ الفصل الثاني في تزامم الحقوق ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم (متن)

نعم المحكى من عبارة القاضي صريح في أن الصلح عن القيمة وعبارة الخلاف واللمعة يحتمل الامرين قال في (الخلاف) اذا أتلّف رجل على غيره ثوبا يساوي دينارا فأقر له به فصالحه على دينارين ولم يقل صالحه عن الثوب ولا عن القيمة ونحوه اللّمة لكن تعليل الخلاف يقضي بالقيمة (حجة المجوزين) الاصل وعموم أدلة الصلح وان الثوب والحياوان يثبت في الذمة مثلهما في الاتلاف فكان الصلح على مثلهما صرح بذلك في التذكرة وعله أراد ما في المختلف من أن الصلح وقع على الثوب قال في (المختلف) سلمنا انه وقع على القيمة ولا ربا هنا لانه انما يتحقق في البيع خاصة (وحجة الخلاف) أن الواجب قيمته بدلالة ان له مطالبته بها ويجبر صاحب الثوب على أخذها والقيمة هنا دينار واحد ولو أجزنا أن يصلح على أكثر كان بيما للدرهم بأكثر وذلك ربا لا يجوز وفي (التذكرة) ان الكل ممنوع ولم يستبعد في مجمع البرهان ضمان القيمي بمثله (قلت) المشهور المعروف أن القيمي يضمن بقيمته وما جاء ضمانه بمثله كخبر القصة فعامي كما تقدم فيما أظن ويبقى الكلام في أن الربا يعم الصلح أم لا وقد تقدم وليعلم أن بعض المجوزين هنا يقولون ان الربا يعم الصلح وغيره

﴿ الفصل الثاني في تزامم الحقوق ﴾

﴿ قوله ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم ﴿ كما صرح بذلك في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهذا من بناء على انه لا فرق بين هذه الخمسة والا فليس في السرائر أولا الا ذكر الرواشن ثم انه ذكر بعد ذلك السقائف وليس في الشرائع الا ذكر الرواشن والجناح وأضاف اليهما في الدروس الساباط (وفي السرائر) ان المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى يومنا هذا وهو سنة سبع وثمانين وخمسمائة لم يتناكروا فيما بينهم ذلك هذا كلامهم في الصلح واحياء الموات وأما كلامهم في الديات ففي (المبسوط والنافع والتنقيح) الاجماع على جواز نصب الميازيب الى الطرق المسكوكة وفي (السرائر) نفى الخلاف فيه بين المسلمين وانه لم ينكر ذلك أحد بحال وعليه عمل الناس كما في الشرائع قديما وحديثا من غير مخالف كما في المسالك وكشف اللثام وظاهر الاصحاب وغيرهم الاتفاق على ذلك كما في المسالك أيضا (قلت) ولا خلاف الا من ظاهر الشيخ في النهاية وصريح ابن حمزة في الوسيلة ويمكن حمل كلامهما على ما اذا كان مضرا كما بينا ذلك في باب الديات وقال في ديات (الخلاف) ان يخرج الجناح والساباط ليس لاحد معارضته ولا منعه واستدل عليه بالاصل والسيرة وبميزاب العباس وسقيفة بني ساعدة وبالاجماع وبذلك صرح المحقق والمصنف وغيرهما وحكي عن القاضي والمخالف الشيخ في صلح الخلاف والمبسوط وابن زهرة في صلح الغنية فنعا منه وان لم يضر اذا اعترضه مسلم وقواه في ديات المبسوط وحكاه في صلح المختلف عن القاضي (واحتج) عليه في صلح الخلاف والغنية بأن الطريق حق لجمعهم فن أنكر واحد منهم لم يجز

أن يفضب على حقه وأنه لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار والهوى تابع للقرار وأنه لو سقط قتل أو أتلّف لزمه الضمان بلا خلاف ولو كان ذلك جائزاً لم يلزمه ضمان واستدل عليه أبو حنيفة بأنه كما لو بنى دكة في المسكوك وكل ذلك ليس بشيء أما أولاً فإن لنا أن نقول ليس لاحد في هذه الطرق ملك ولا حق عام بل الناس شرع فيها في الانتفاع بها في جميع ضروب الانتفاع. ألم يمنع من الانتفاع الموضوع له وإن كان غير المرور أو المرور في بعض الاوقات فإنه يمنع من مرور آخر ولو كان ذلك كسائر الحقوق للزم عدم جواز التصرف بغير المرور بل المرور الا باذن الجميع لان المفروض أنه حق لهم مشترك بينهم وقد أكدوا وشددوا عدم جواز تصرف الشريك بدون اذن شريكه حتى بالقليل من ترابه ثم ان للكافر أيضاً حق المرور صرح به في التذكرة فلا وجه للقصر على المسلم سلمنا ان لهم حق المرور لكن المفروض عدم تضرر أحد به من المسارة فالمانع معاند وأما قوله لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار والهوى تابع للقرار فإنه بالمعنى المراد هنا ممنوع في الاصل والفرع ودليله الاجماع واستمرار الطريقة وقد جوزوا كما سيأتي عمل سرداب في الطريق اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها فيكون المراد من معقد نفي الخلاف أنه سلمناه أنه لا يملك القرار والهوى فلا يجوز له بيعه والصلح عليه ولا منع غيره منه ان بنى روشنا تحته أوفوقه لانه انما ملك الروشن لا قراره وهواه لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك واباحة السبب لانتساق الضمان كالتأديب والعلابة والبيطرة وبل الطين في الطريق لحاجته وطرح القمامة والتراب فيه وقشور البطيخ ونحوها كبول دابته فإنه يباح ذلك كله بشرط السلامة والمخالفون في المسئلة قائلون بالضمان في هذه المذكورات والحاصل أن الاصل في الفعل السائغ الذي يرفع الضمان ما خلى عن جميع المفاسد ووجوه القبح القرية الحصول فتأمل جيداً (وأما) قياس أبي حنيفة فهو مع الفارق بوجود الضرر في الدكة للاعنى ونحوه وعدمه فيما نحن فيه هذا وتقيدهم بالمارة يقضي بأنه لو حصل ضرر على الجار بالاشراف على عياله لا يمنع من ذلك الاصل وعموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما اذا أضر بالمارة ويؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه وأنه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه لكنه قال في التذكرة لو تضرر جاره بالاشراف فالاقرب ان له المنع لانه قد حصل به الضرر بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنه لا يمنع وان حصل الضرر الى أن قال ولست أعرف في هذه المسئلة بخصوصها نصاباً الخاصة ولا من العامة وإنما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ولعل غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤدي اجتهاده الى خلاف ذلك وهذا كمال انصاف منه وقد شنع بذلك الاسترأبادي وغيره من متحدثي الاخبار بين على المجتهدين ومراده بالاجتهاد هنا الاستنباط من الادلة العامة كخبر الضرر لانه انما نفي عثوره على الخبر الخاص وقد عرفت أن الممنوع عدم الاضرار بأهل الطريق لانه موضوع للاستطراق أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قالوا انه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلاً عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله وحد عدم الاضرار أن يكون على صفة لانتاله الاجمال الثقال الجافية والكنائس والعمارات على الجمال كما في المبسوط حكاه عن قوم وقال انه الاصح وزاد كاشف الثام أن لا يظلم عليهم الطريق وحكى في المبسوط عن قوم تجديده ذلك بأن لا يتاله رمح الفارس اذا كان منصوباً قلت هذا اعتبره في التذكرة قال المرجع في التضرر وعدمه العرف ويختلف بحال الطريق فان كان ضيقاً لا تمر فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمر المار منتصباً والحمل مع الكنيسة المنصوبة

أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى أو كانت في المرفوعة فإنه لا يجوز (متن)

على رأسه على البعير لانه يتفق ذلك وان يكن نادرا وان كان متسما تمر فيه الجيوش والاجمال وجب أن لا يضر بالعماريات والكنايس وأن يتمكن الفارس من المرتحة ورحمه منتصب لا يلبسه لانه قد تزدحم الفرسان فتحتاج الى أن تنصب الرماح قال وقال بعض الشافعية لا يقدر بذلك لانه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رحمه أحدا وليس بجيد لان في ذلك تمسرا ونفى الشهيد في الدروس ما في التذكرة للندرة وسهولة الميل وقواه في المسالك واستجوده في الكفاية وأنت خير بأن الطريق اذا كان ممرا للجيوش والفرسان الكثيرة لا يبعد اعتباره ولا يندفع بالندرة ولا بإمكان امالته على وجه لا يلبثهم اذ قد لا يمكن الامالة لاذحام الفرسان وكثرهم فان أماله حينئذ أضرب بالفرس أو الفارس ولا ريب انه أحوط ومع الاعتياد يجب كما في جمع البرهان والحاصل انه فرق بين أن يكون لهم حق المرور وتندر الحاجة الى نصب الرماح وبين أن لا يكون لهم حق ويندر المرور وحد عدم الاضرار بالميزاب أن يكون غالبا لا يضر بالمارة والرواشن جمع روشن وهو الكوة كما في (الصحاح والقاموس) والكوة بالفتح والضم والتشديد الثقبه في الحائط غير نافذة والروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبني عليهما ولو وصل فهو الساباط ودر بما فرق بينهما بأن الجناح يضم فيه الى ما ذكر أن يوضع له أعمدة من الطريق وفي (القاموس) الساباط سقاية بين دارين تحتها طريق وفسر الجناح بالروشن وعن الازهري أن الروشن الرف وقد بينا ذلك كله في باب الديات قوله ﴿أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى أو كانت في المرفوعة فإنه لا يجوز﴾ أما عدم الجواز في المضرة بالمارة فما لا ريب فيه عندهم كما عرفت وفي (موات التحرير) وكانت مضرة وجب ازالتها اجماعا ولعله يدخل فيه ما اذا ظلم بها الطريق واما اذا ظلم بها الطريق فالاقوى عند المصنف عدم الجواز ولعل مراده الظلمة التيسر المزية للضياء بالكيفية وهو خيرة التحرير والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع على قوله قيل لا تجب ازالتها (وقال في المبسوط) فان ادى الى ان يظلم الطريق لم يكن ذلك اضرازا ولا يمنع من المشي وقد حكى ذلك عن موضع من الخلاف فكان مخالفا ولعل اطلاقه منزل على الظلمه الغير المزيه للضياء بالكيفية لانه قد حكى الاجماع في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الكفاية على انه اذا ذهب الضياء بالكيفية منع ولا تغفل عن اجماع التحرير وقد لا يكون الشيخ مخالفا عند التأمل ولعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ماهو أعم من ان يكون في بعض أوقات المرور أو كلها ليلا أو نهارا لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر والضرر أعم من أن يكون لحوف المعتاد أو اتلاف شيء من المار ولا يندفع بوضع السراج اذ قد لا تذهب الظلمة به وقد ينطفي وقد يموت واضعه ولا يفعله وارثه وتبطل العبادة فيه ان قلنا انه غاصب وان قلنا ان الأمر بالشيء يقنضي النهي عن ضده الخاص وان هذا النهي مفسد للعبادة بطلت صلوة واضعه في غيره وصلوة القادر على ازالته فانه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف الا ان تقول انما تجب ازالته على الواضع والسلطان كما تشير اليه عبارتا التذكرة والمسالك لمكان المشقة والعسر نعم يجب على غيرها أمره واعاقته وأما عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح لانها مملوكة لا رباب الابواب فيها فهم محصورون فلا يجوز لاحد التصرف فيها بدون اذن الباين قوله ﴿

ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شبكا جازوا ذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها (تن)

﴿ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شبكا جاز﴾ لا بحث في الجواز مع الاذن كما هو واضح وأما الجواز لو أراد فتح روزنه أو شبكا فكذلك وقد نص عليه في الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد مع التصريح في الآخرين بالجواز وان لم يأذنوا أو نهوا لانه إنما يتصرف في جداره ولا ضرر عليهم - قوله ﴿واذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها﴾ كما في الفنية والتذكرة والدروس والمسالك وفي الثاني نفى العلم بالخلاف فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء وتبطل بموته وخروجه عن التكليف باغناء أو جنون وهل يجب عليه الأرش لانه سبب في اتلاف مال الغير أم لا وجهان وهل يجوز اجراء الماء عن سطحه الى الدرب المرفوع اذا لم يكن من أربابه لعل الظاهر الجواز لان لكل أحد التصرف في ماله بما شاء وان كان سبباً لضرر غيره فله جعل سطحه بحيث لا يبقى فيه الماء وله ان يحدره حيث أمكن ولكن لهم أيضاً منعه فلم ذلك بكل ما يمكنهم ويبقى الكلام في بيان الدرب المرفوع والظاهر انه الذي لا ينتهي الى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراره كان يكون منتها الى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق سواء كان مسدوداً بمخاط ونحوه أولاً بل منتهاً الى مالا يجوز المشي فيه ولعل المراد من أربابه من له اليه باب نافذ على وجه شرعي لامن كان حائطه فيه (وقد يقال) انا نمنع ان الطريق المرفوع ملك لاربابه اذا كان مستند الملك مجرد كونه مسدوداً وان ابوابهم شارعة اليه وانه محل ترددهم قال في (التذكرة) يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطء وركوب وترجل ولا فرق بين المسلم والكافر وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع اذن أربابها ولو منع واحد منهم أو منعوا بأسرهم فالأقرب عدم المنع لان لكل أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ وهذا صريح في انها ليست ملكاً لكنه قال وفيه أشكال الأقرب ان جواز دخولها من قبيل الآيات المستندة الى قرائن الاحوال فاذا عارضه نص المنع عمل به أما الجلوس وادخال الدواب اليها فالأقوى المنع الا مع اذن الجميع وانت خير بان اعتمد جميع الناس على هذه الآيات مشكل لان كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير اذن أهله ويقف فيه ويدخل اليه احماله ودوابه ويبيع فيه التبن والحشيش ولو لم يكن سابقاً لورد المنع منه ولو عن بعض العلماء ولو كان ذلك لنقل لنا بالعادة بل لو كان ملكاً لما جاز لبعض أهلها ذلك الا يرضوا الجميع لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون اذن الشريك ولو توقف على اذنهم للزم الحرج العظيم بل لو كان موقوفاً على اذنه والذهاب اليه فيه لدار بل قد يصرح بعضهم بالمنع ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجه شرعي وقد قال في (التذكرة) أيضاً وهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره لان محل تردده هو ذلك المكان ومروره فيه دون باقي السكة فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكة وهو أظهر وجبى الشافعية والوجه الثاني لهم ان الاستحقاق في جميعها لجميعهم لانهم ربما احتاجوا الى التردد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الاثقال ووضع الاحمال عند الاخراج والادخال ولعل الاظهر عندهم هو الاظهر لانه أي الدرب مأخوذ من التصرف والتردد وليس الا الى بابيه والأصل عدم شركته في الباقي وهذا صريح أو كالصريح في ان ليس هناك ملك وإنما استحقاق تردد وتصرف ولكن سيأتي فيما اذا صالح واضح



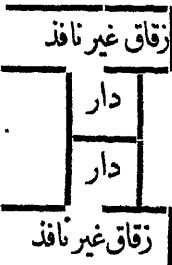
ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة ويجوز الصلح بينه وبين  
أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأي (متن)

الروشن أرباب الدور على وضعه انهم جميعاً ما لكون جميع ذلك الدرب المرفوع وقال ان قسمة الصحن  
وسد الباب انما هو انما اذا لم يكن في السكة مسجد فان كان هناك مسجد قديم أو حديث فالمسلمون  
كلهم يستحقون الطروق اليه وكذا لو جعل بعضهم داره رباطاً ومدرسة أو مستراحاً لم يكن لاحد  
منعه ولا منع من له المرفوع وهذا اصريح وقال في (التذكرة) ان سبب الشارع امور ثلاثة مثل أن  
يسبل أحد ملكه لذلك أو تبنى قرية أو بلدة في مباح فخلوا بينهم شارعاً أو بنى واحد حائطاً وآخر  
في محاذاته وخلقيا بينهما دربا وشيئاً منها ليس بمملك لصاحب الحائط وان سد آخره ومجرد السد معلوم  
انه ليس بمملك وقال في (التذكرة) الطريق محدود بسبع أو خمس هذا لمن تشاح عليه أهل الدور  
المتقابلة ولا عبرة بغيرهم ولو اتفقوا على الوضع أضيق في الابتداء جاز وليس لاحد الاعتراض عليهم  
وطلب التوسعة فيه وانهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه وكلامه هذا يشمل  
ما اذا كان مرفوعاً ولو كان ملكاً لجاز لهم كل ما يتفقون عليه بعد البناء وقال المقدس الاردبيلي كل  
ما ثبت بالاجماع أو النص من عدم التصرف في هذه الزقاقات مثل ما اذا كان مضراً فهو ممنوع  
وأما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعة والمسكوة (قلت) لكن المعروف من مذهب  
الاصحاب من دون خلاف كما يفصح عنه كلامهم في الشفعة وغيرها أن الطرق المرفوعة ملك لاربابها  
وهو الذي نص عليه الاكثر في باب احياء الموات ويظهر من جماعة هناك أنه غير مملوك وعلى القول  
بانه مملوك فملكه ليس كسائر المملوكات لان اكثر لوازم الملك فيه منتفية فملكه كملك حريم القرية  
مملك على حده كما أوضحناه في بابه **قوله** ﴿ ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير  
الاستطراق دفعا للشبهة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والارشاد وشرحه  
لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي يقنضيه اطلاق الغنية وقد نفى عنه الخلاف وقال  
في (الكفاية) قالوا ومرادهم بالشبهة ما قاله في المبسوط من ان فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق وثبوت  
الحق في ذلك الزقاق أي وخصوصاً اذا مضى عليه مدة وماتت الشهود فكان فيه مفسده ولك ان  
تقول انه استدلال بما هو محل النزاع والمراد بفتحه لغير الاستطراق فتحه للاستئذنة قال في (التذكرة)  
ويحتمل ان يمكن من ذلك لانه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه فلأن يمكن من رفع  
بعضه أولى (قلت) فرق بين رفع الجدار وأحداث الباب لكان الشبهة في الثاني نعم لنا ان نقول ان  
في منع الانسان من تصرفه في ملكه لشبهة لعلها تحدث نظراً ظاهراً لكن المحقق الثاني والشهيد الثاني  
رمياء بالضعف وهو عندنا قوي خصوصاً اذا قال كما في التذكرة انا اسمره بحيث لا يفتح ولا فرق في  
هذا الحكم بين الذي لاحق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائطه وبين من له باب فيها  
اذا اراد أحداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح  
فيه الباب **قوله** ﴿ ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه  
على رأي ﴾ موافق للسراير فيما حكى لاني لم أجده والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي والدروس  
وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة) أنه أظهر عندنا وشرط في الدروس تعيين المدة وجعله في التذكرة

وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما أحدثه بغير اذنه  
ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما (متن)

أولى ولا نجد له وجها الاجمله فرع الاجارة فليتأمل فيه وشرط في التحرير كونه معلوم القدر في الخروج  
والعلو والخالف الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه وابن زهرة نافيا فيه العلم بالخلاف قالوا لا  
يجوز لان فيه افراد الهوى بالبيع وهو مبني على أن الصلح فرع البيع ومعناه أن الهوى تابع فلا يفرد  
بالمال صلحا كما لا يفرد به يباع وما زاد في الشرائع على قوله قيل لا يجوز لانه لا يصح افراد الهوى  
بالبيع وفيه تردد (قلت) وليس في محله لانه حق مالي متعين المالك فجاز الصلح عليه واخذ العوض عنه  
ونفع مانعة التبعية من الانفراد بالصلح بخلاف البيع لانه لا يتناول الا الاعيان والصلح هنا وقع عوضاً  
عن الرضخ مدة او دائماً (وكيف كان) فقد تسلمت الخصوم على خلاف ما في المسالك من جواز بيع  
الهوى منفردا لكن هنا اشكالا وهو انهم قالوا اذا كان في المرفوعة بابان احدهما ادخل بمعنى انه آخر  
بالنسبة الى اول المرفوعة فصاحبه شريك مع الاقدم من اول المرفوعة الى بابه وانه شريك معه في  
الفاضل في آخر المرفوعة الى الموضوع الذي يكون بعد الباب الآخر الذي هو باب الادخل وهو مختص  
بما بين البابين (والحاصل) ان الادخل مختص بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين وقالوا انه يجوز  
لكل من الادخل والا قدم اخراج بابه مع سد الاول وعدمه لا الادخال بل احتمال في التذكرة  
والكتاب جواز الادخال وقضية كلامهم الأول ان هذا روشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب  
فهو حق لم أجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج لان ما بين البابين مختص بالداخل  
فانما يتوقف على اذنه فقط وقضية كلامهم الثاني انه يجوز لاحد من اخراج روشن ونحوه من دون اذن  
ويأتى تمام الكلام قوله ﴿ وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق  
فيه ازالة ما أحدثه بغير اذنه ﴾ لانه تصرف في حقه بغير اذنه فكان له ازالته ولا فرق بين أن يأذن  
الباقون ام لا ويبقى الكلام فيما اذا جعل بعضهم داره مسجدا أو مدرسة أو رباطا فان المسلمين  
كلهم يستحقون التردد الى هذه وهم غير اهل السكة فهل لهم الاعتراض مع رضا اهل السكة وهل لهم  
ازالة ما أحدث بغير اذنه اذا لم يكن مضرا في المستلثين احتمالا ان قوله ﴿ ولذي الدارين  
المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد  
والمسالك وجمع البرهان لانه يستحق المرور في كل واحدة من السكتين ورفع الجدار الجائل بين الدارين  
وجعلها دارا واحدة جائز بلا خلاف كما في المبسوط واجمعا كما في التذكرة وجامع زقاق غير نافذ

المقاصد ففتح باب من احدهما الى الأخرى بطريق اولى اذ هو عبارة عن رفع بعض  
الجدار فليس لاحد من اهل واحدة من السكتين منعه وتصويره هكذا  
ولم يعرف المنع الا من الشافعية في احد قولهم لان ذلك يثبت له حق الاستطراق  
من الدرب الذي لا ينفذ الى دار لم يكن لها طريق منه وذلك ربما ادى الى اثبات  
الشفعة في قول من اثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى (قلت) وينبغي أن  
يزيدوا (يريدوا خل) أن ذلك على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة قال في (التذكرة) وهو غلط  
لان له رفع الحاجز الكلية فرفع بعضه أولى والمحدور لازم فيما اذا رفع الحائط مع انه لا يبطل حق

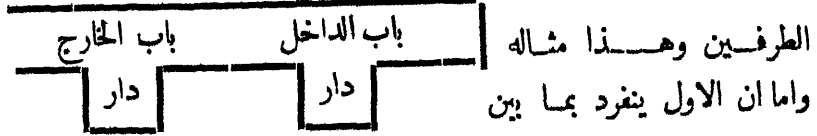


وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر وينفرد الا دخل بما بين البابين ويتشارك في الطرفين (متن)

الشفعة انتهى والذي ينبغي أن يقال ان كل دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى ومتى صار فيها استحق المورر في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار التي هو فيها لا للاولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر ﴾ لعله يريد انه اذا باع احدى الدارين بشرط بقاء مجازة فيها ثم بيعت دار في دربها فهل يستحق الشفعة فيها حينئذ أن اثبتناها مع الكثرة نظر أو يريد انه لو بيعت دار في احدى الدارين فهل يشفع فيها بسهمين لأن له دارين ويكون وجه النظر في الاول من حيث انه يستحق المجاز منها الى الدرب ولا نعني بالمجاز الا ذلك ومن حيث انه لا باب لها فيه والاستحقاق انما هو للدار الاخرى لا لها وهذا هو الذي صححه في الايضاح قال ولا وجه عندى للاول ومنه يعلم وجه النظر في الثاني مع زيادة التردد في توزيعها على السهام واحتمل بعض الناس ان يكون المراد في استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين احدهما نظر من تخيل تكثر الشركاء باعتبار تكثر النصيب ومن تخيل عدم التكثر بذلك ومنهم من احتمل ان المراد أن في حدوث استحقاق الشفعة لكل من الشريكين في الدربين المرفوعين بالنسبة الى الدار الاخرى اذا باعها هو أي صاحب الدارين نظراً ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك وعدمه (قلت) لعله لا بد في هذا من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما فان شرطه فاعله لا مجال للشفعة وقال في (جامع المقاصد) ان هذا لا يستقيم الا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وقال ان المراد أن في بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظراً ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه ولعل (ولعله خ) اراد بالوجه الاول أن ذلك موجب للاشتراك الموجب للكثرة فلاشفعة بناء على المنع منها مع الكثرة وبالتالي أن ذلك لا يوجب الاشتراك الموجب للكثرة لان الكثرة انما هي هنا باعتبار دارين فلم تزد الشركاء باعتبار كل واحدة عن اثنين والمانع انما هو هذا وفيه ما لا يخفى واحتمل في جامع المقاصد أن يكون معنى العبارة وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما باعتبار كل منهما الشفعة على شريكه في كل من الدربين المرفوعين لو باع داره وقلنا باستحقاق الشفعة بمجرد الاشتراك في الطريق أو كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا بالقسمة وبقي الطريق نظر ينشأ من أن مجاز تلك الدار في درب يشاركه فيه آخر غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء فينتفي استحقاق الشفعة حينئذ بناء على أن المنع منه مع الكثرة ومن أن شركته مع ازيد من واحد انما هي باعتبار دارين فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين (قلت) قد عرفت أن الشفعة على ما كانت عليه قبل فتح الباب وان فتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق بواحدة من الدارين في طريق الاخرى ولا يد فيها اذا كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا من ان يفرض الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة فلما حصلت القسمة سداً ما بينهما ثم طرأ فتح الباب والا فلو كان الاشتراك حادثاً بعد القسمة لا يعتد به في الشفعة ثم انه لا يستقيم الا على القول بثبوتها مع الكثرة لان الشريك على هذا الفرض متكثر على أن المفروض ان هنا دارين لاحق لاحدهما في درب الاخرى وقد فرضت سبق اشتراك الدارين في الطريقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينفرد الأ دخل بما بين البابين ويتشارك في الطرفين ﴾ يريد انه

ولكل منهما الخروج بيا به مع سد الاول وعدمه فان سده فله العود اليه (متن)

لو كان في زقاق يا بان لرجلين احدهما ادخل من الآخر انفرد الا دخل بما بين البابين وتشارك في



البابين فهو المشهور كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد مع زيادة في الاخير وهي أن عليه الفتوى وفي (الدروس) عليه متأخروا الاصحاب وهو الاشهر كما في الكفاية لان المقتضي لاستحقاق الخارج هو استطراره ونهايته بابه فلا يشارك الداخل في الداخل لان حكمه بالنسبة الى هذا الزائد على بابه حكم الاجنبي وقد عرفت حال هذا الدليل فيما سلف وقوى في الدروس مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه الى ذلك عند ادحام الاجمال ووضع الاثقال وفي (مجمع البرهان) انه الظاهر ونظر فيه في جامع المقاصد بانه لا يلزم من الاحتياج الشركة وانما المقتضي للملك هو الاحياء فاذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه انتهى فتأمل ثم انه قد يقال انه لو كان ما استدلوا به من الاستطراق دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للآخر فكيف يقولون بانه مشترك كما يأتي ثم أن ما بين البابين قد يكون واسعا جدا ولا يمر الأدخل الا ببعضه وقد يكون في مقابلة باب فيشكل اختصاص كل منهما بما يجازي بابه لعدم الامتياز وعدم الدليل المذكور واما انهما يتشاركان في الطرفين ففي التذكرة انه المشهور وحكاها أي الشهرة في المسالك على مشاركتها في المجاز ولم يحكما في الصدر وتشاركما في الطرفين صرح في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك لاشتراكهما في الارتفاق فلا أولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لان ادخالية الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح واستشكل فيه في المسالك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ودفعه بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفصلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف وفي الفصلة حكم باشتراكهما بينهما ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك انتهى وللمناقشة فيه مجال ولكن الخروج عما عليه الاصحاب مشكل جدا ويمكن التخلص عن جميع ما ذكرنا بما لعله به ينتفي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولكل منهما الخروج بيا به ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (التذكرة) انه المشهور لان كل ما خرج عن بابه فله فيه حق وله حق التصرف في جداره برفعه اجمع فبعضه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع سد الاول ﴾ قطعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه ﴾ عندنا كما في التذكرة ولا يمنع تكرار الابواب لعدم تفاوت الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سده فله العود اليه ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان حقه الثابت

وليس لاحدهما الدخول ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب ( متن )

لا يسقط بسد الباب ولا بالاسقاط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما الدخول ﴾ أي ببابه عن موضعه كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لانه لا حق لاحدهما فيما دخل عنه ( قلت ) اما الخارج فالامر فيه واضح لانه لما لم يكن له حق فيما جاوز مجازه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل واما الداخل فاقصى ما يمكن أن يقال في توجيهه بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له فتح بابه ابتداء الى أي الجهات شاء فلما احبي ما حوله منع منه فتأمل هذا ولعل الحال في الميزاب كالحال في الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع ﴾ أي يحتمل جواز الدخول لكل منهما وقد احتمله في التذكرة والتحرير وظاهرهما أو صريحا بقريظة ما قوله وما بعده ان المراد جواز الدخول مع الاستطراق وفي ( جامع المقاصد ) أن هذا بعيد جدا قال العبارة تحتل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق وان يريد مع ذلك جواز الاستطراق وهو بعيد جدا والوجه الاول من الوجهين لو تم لدل على الثاني بخلاف الوجه الثاني وستعرف أن الثاني يدل على الاول باللازم والوجهان قد استدلت بهما ايضا في التذكرة الاول انه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع مخيرا بين وضع الباب داخلا وخارجا والاصل بقاء ذلك وضعف في جامع المقاصد والمسالك بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه قد كان له فتح الباب من أي الجوانب شاء وقد امتنع عليه الآن لسبق من حوله بالاحياء على فتحه وهذا جيد بالنسبة الى الخارج لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه لانه مختص بالداخل وغير واضح بالنسبة الى الداخل ثم انه قد لا يتم على ما فهمه في جامع المقاصد من العبارة من جوازه من غير استطراق ثم انه قد يقضي باختصاص من حوله به وانه لا شركة له معه فتأمل ( الثاني ) ان جعل الباب أدخل عبارة عن رفع بعض الجدار ورفع جميعه جائز فبعضه أولى وضعفه في جامع المقاصد بأن رفع الجميع قد يتطرق اليه شبهة كون الطرف الادخل كاه أو بعضه داخلا في ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة نعم غير مانع بخلاف الباب فانه هو السبب في الشبهة ثم قال ولا خفاء في ضعف هذا الاحتمال ( قلت ) اذا كان الفاضل مشتركوا وقد حوزوا اخراج الباب في المشترك فليجوزوا ادخال الباب للداخل لانه في المشترك الا أن تقول انه قد يقضي الى الاختصاص على تطاول الزمن لانه قد تقرر عندهم أن الداخل يختص بما بين البابين ثم على تقدير تسليم الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط كله ان كان المراد هو جواز الفتح من دون استطراق كما فهمه هو كانا سواء في كونهما غير ما نعين وانهما ليسا محصلين للشبهة فليتأمل ثم ان منع المالك من التصرف في ملكه لشبهة قد تعرض في مال مشترك مما يستبعد جدا وخصوصا على ما فهمه من فتح باب لغير الاستطراق فتدبر هذا وفي ( الايضاح ) ان هذا الاحتمال ذكره المصنف على سبيل البحث لانه محتمل عنده هكذا قال المصنف في درسه وقال هو لوجه هذا الاحتمال عندي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب ﴾ كما هو حاصل كلام المبسوط والارشاد وصريح الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية لان حق الطريق النافذ غير

فان خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرأه وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس الا على احتمال ( متن )

مختص بأصحاب الدور فلم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن أو ففتح الباب فيما وان استوعبا عرض الدرب بحيث صار بمكانه لم يبق للجار موضع فيه لوضع روشن ولا فتح باب اذا لم يضر بالمارة ولم يضع شيئاً منه على جدار المقابل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ﴾ كما صرح بذلك في المبسوط وما ذكر بعده آنفاً لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه فلما خرب بناؤه زالت الاولوية وعاد الامر كما كان وشبه ذلك في التذكرة وغيرها رجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم قهراً وقالوا ان الاول يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه وليس للاول ازعاجه وان أزعج الاول فكذا هنا بل في التذكرة والمسالك لو فرض ان الثاني أخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول أن يزيل الثاني وان كان الثاني ضمن ارش الاول واكتسب الاثم وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية انه انما يزول حقه بالاعراض لا بالهدم والانهدام كالجالس في المباح للاولوية (قلت) قول بعض الشافعية قوي جداً فيما اذا أقامه من مكانه قهراً أو هدم روشنه كذلك وهو جار في كل أولوية بل قد تقول ببطان صلوته في ذلك المكان وهذا هو الذي استوجهه في جامع المقاصد في باب احياء الموات وقال لم أجد بهذا الفرع تصريحاً وكأنه غفل عن كلامهم في الصلح وقد مال اليه في الروضة والمولى الاردبيلي قوى قول بعض الشافعية على اطلاقه وقال انه ليس بأقل من التحجير قلت قد ذكر جماعة من الاصحاب ان حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره فمراده ان هذا مثله لانه أفاده أولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرأه ﴾ كما في التذكرة والتحرير لانه قد تقدم ان له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع باباً آخر الى صدر الدرب في الموضع الذي له استطرأه فاذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح باباً الاخرى في موضع استطرأه لم يكن منه مانع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس ﴾ كما في التذكرة وتصويره انه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح باباً في حائطه الى الشارع جاز له لانه يريد أن يرتفق بالم يتعين ملك أحد عليه (وعساک تقول) ان في ذلك اضراً بأهل الدرب المرفوع لانه كان منقطعاً وفتح الباب يصير الدرب نافذاً مستطرقاً اليه من الشارع (لا نقول) انه يفتح الباب صير داره نافذة وأما الدرب فانه على حاله غير نافذ اذ ليس لاحد غيره استطراق داره ولو انعكس الحال وكانت بابه في الشارع وله حائط في المنتطع فأراد فتح باب للاستطراق فقد تقدم انه ليس له ذلك اذ لاحق له في درب قد تعين مال كوه وفي (الدروس) يجوز العكس على الاقوى وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره (جداره خ ل) ويجعل المرفوع نافذاً كما جاز له أن يجعل داره مسجداً احتمالاً وقد يفرق بين ذلك والمسجد ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا على الاحتمال ﴾ أي لا يجوز العكس الا على الاحتمال السابق من جواز ادخال الباب في المرفوع نظراً الى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وان له رفع الجدار ﴿ فرعان الاول ﴾ في التذكرة والدروس يجوز عمل سرداب في

والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعبءه على الاقوى لكن مع الارش ( متن )

الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها ولو كان في المرفوع لم يجز وان أحكم الا باذنهم ( الثاني ) لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله أو فوّه فحل للسابق منعه قال في ( الدروس ) لم أقف فيه على كلام وقضية الاصل عدم المنع الا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره وهواه وهو بعيد لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك ﴿ قوله ﴾ والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ﴿ اجاءا كما في التذكرة وعليه دل العقل لانه قاض بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ﴿ قوله ﴾ ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ﴿ هذا عندنا موضع وفاق كما في المسالك وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية ان الجار ان يضع جذعه على جدار جاره وان امتنع أجبر فيجب عليه القبول لما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره وهو محمول على الاستحباب ان سلمنا صحته والا فالعقل والنقل قاضيان يردده أما الاول فلما تقدم من قبح التصرف في مال الغير وأما الثاني فلقولهم عليهم السلام الناس مساطون على أموالهم ولا يحمل مال امرء الا بطيب نفس منه ( وأما ) دليل الاستحباب فهو ما دل على قضاء حوائج المسلمين وما جاء من الوصية في حق الجار حتى كاد يظن أن يورثه الى غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع ﴾ مجانا قطعا كما في التذكرة واجمعا كما في التحرير والمسالك وبغير خلاف عندنا كما في مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ وبعبءه على الاقوى لكن مع الارش ﴿ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وعارية الكتاب والايضاح وجامع المقاصد لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ما يملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اخراب البناء ( وأما الارش ) فلا أنه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلمه الا بعد ضمان تقضه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي والشهيد في الدروس كأنه متردد قال قيل جازله الرجوع فينقضه لانه أعاره ويحتمل المنع من التقض للغير الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم تكون له الاجرة فيها بعد الرجوع قلت قال في ( التذكرة ) انه ثبت له الخيار بين القلع مع الارش وبين التبقية بالاجرة ان رضي صاحبه ومثل ذلك ما اذا أعاره خشبة وبنى عليها ونحو ذلك وقال في ( المبسوط ) لم يكن له الرجوع مادامت تلك الجذوع باقية لان المقصود بوضعها التأييد والبقاء دون القلع فان بليت وانكسرت بطل اذن المعير وقد حكى ذلك عن القاضي وهذا قول لبعض الشافعية قالوا لا يستفيد به القلع ولا طلب الاجرة في المستقبل وهذا القول امله قوي متين والا لزم الضرر العظيم الذي لا ينجم بالارش لانه يخرب ملكه وقد لا يجد من يبني له وقد يكون لولم يعره جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرها ولا يعارضه أن المنع أيضا ضرر على المالك لانه أدخله على نفسه اذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكأنه قال له أعرنني مادام خشبي باقيا وليس لك الرجوع قبله وقد أعاره والتزم بذلك فكانت كالعارية للدفن ولا يجدي الفرق بأن النبش حرام

على اشكال ولو انهدم افتقر الى تجديد الاذن (من)

وانه قياس لتتبع العلة المشتركة وظهورها ولا فارق اذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النباش حراما بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة على انا قد تقول الاصل في العقود لزوم خرجت منها العارية في غير محل النزاع بالاجماع وبقي الباقي ثم انا اذا سلمنا جواز الرجوع متى شاء فلما معنى لوجوب الارش لان المستعير قد ادخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاهي بالتهديم والتخريب في أي وقت شاء فكان هو المهدم والسبب مع ان الاصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخلص ملكه منه بل اصاله البراءة مطلقا فليتأمل في ذلك كله جيدا ونتمام الكلام في باب العارية وهذا كله اذا لم يؤد الى خراب ملكه كما اذا استعار الجدار ليضع طرف خشبه عليه والطرف الآخر على ملكه فان المصنف فيما يأتي في العارية والمحقق وغيرها ترددوا وجماعة جزموا بعدم جواز الرجوع وآخرون جزموا بجوازه ﴿ قوله ﴾ ﴿ على اشكال ﴾ أي يرجع مع الارش على اشكال ولم يرجع هنا كوله في الايضاح والشهيد في الحواشي ومنشؤه مما تقدم من انه بناء محترم الى آخره ومن انه انما اذن له عارية ومن خواصها الرجوع متى اراد مع اصاله براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره كما تقدم آنفا وقد اطبقوا في باب العارية على كلمة واحدة على لزوم الارش من دون تردد ولا اشكال وعلى تقدير ثبوت الارش فهل له عوض ما نقص من آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان منشؤهما ان البناء اذا كان محترما فهو بهيته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامراً وخراباً لان ذلك هو نقص المالية وبه جزم في تعليق الارشاد وقال في (جامع المقاصد) انه لا يخلو عن قوة وفي (المسالك) انه اقوى لأن جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك النير وذلك الملك انما اثر جواز النقص لا المشاركة في المالية ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه وانما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته ولم يرجع الشهيد في الدروس والحواشي واحتمل المقدس الاردبيلي ثالثاً وهو عوض جميع ما اخرج المالك في المهدم بسبب أخذ خشبه بهد وضع قيمة الآلات الموجودة فيدخل فيه اجرة الأكار وغيرها قال وهو الأظهر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انهدم افتقر الى تجديد الاذن ﴾ ان كان المراد انهدام الخشب والآلات كان الحكم المذكور صريح المبسوط والخلاف والتذكرة لكن الظاهر ان المراد انهدام الجدار وعليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضاً والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك وجمع البرهان والكفاية وظاهر التذكرة الاجماع عليه وستسمع عبارتها وفي (المسالك) أن كثيراً من الاصحاب لم يذكر فيه خلافاً (قلت) وبه جزموا في باب العارية ودليله أن الاذن انما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص ومن المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمل الاذن ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالآت المهدم أولاً أم لا كما صرح به جماعة في الباب وباب العارية قال في (التذكرة) لو انهدم الجدار فبناه بتلك الآلة افتقر الى اذن جديد وللشافعية وجهان ولو بناء بغيرها لم يعد الوضع الا بأذن جديد عندنا وعند الشافعية قولاً واحداً وظاهرها ان لا خلاف عندنا في ذلك وان الخلاف في القسم الأول فقط للشافعية فقط وانهم يوافقونا في الثاني لكنه قال في الشرائع فيه قول آخر وفي (المختلف والمسالك) انه للشيخ في المبسوط وهو أنه لو اسند الجدار كان للمعير



ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته (متن)

تقضه وانه ان أعاده بآلته الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف وان أعاده بغيرها كان له منعه وقال في (المختلف) أيضاً مع ان الشيخ قال أولاً لو أنهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستأنفه وأي فارق بين الموضوعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول وتلك لا توجب دوام الاعادة بل تقول أبلغ من ذلك وهو أن المالك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به انتهى (قلت) الشيخ تعرض للمسئلة في ثلاثة مواضع من المبسوط في الصلح فرض في موضعين منها تلف الخشب وانكسارها وانهدام السقف أو تعمد المستعير قلمه وفرض في الموضوع الثاني كونه شريكاً في الجدار وأذن له الشريك وقال في الموضوعين انه ليس له اعادة الخشب الا بأذن جديد وفرض الموضوع الثالث وهو الذي ذكره في المختلف فيما اذا ملكا الدار ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه تم انهدم السقف قال فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لأنه يجوز ان يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف فان أراد صاحب الحائط نقض الحائط فانه ينظر فان كان الحائط صحيحاً منع من نقضه لانه يريد اسقاط حق المستعير وان كان الحائط مستهدماً كان له نقضه وينظر فان أعاده بتلك الآله لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان أعاده بغير تلك الآله كان له منعه وقيل ليس له منعه والأول أقوى انتهى ولعله أراد انه من المحتملات ان يكون باعه آلات الجدار وشرط عليه ان يضع خشبه عليها مائة سنة أو مادامت باقية ان جوزناه أو صالحه او نحو ذلك فلا يكون مخالفاً ولا يرد عليه ما في المختلف فليتأمل ثم انا قد وجدناه وقد تعرض لها أيضاً في العارية وفرض فيها انكسار الجذع وقال انه ليس له اعادة الآخر قوله ﴿ ويحجز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته ﴾ اما جواز الصلح على وضع الخشب مع عده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والارشاد والدروس وجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك غير ان في الاربعة الاخيرة التقييد بالابتداء كالكتاب ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر حينئذ الا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوماً بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق واقتصر في المبسوط على اشتراط عدد الخشب ووزنه وزيد طوله في الشرائع والتحرير والارشاد وتعليق الارشاد والمسالك وجمع البرهان ولعله لاختلاف ضرر الحائط باختلافه في الطول وان اتفق وزنه قلت المدار على رفع الجهالة وقد ترك فيها كلها ذكر المدة والوقت ولا بد مع ذلك من ذكرها وضبطها كما في الكتاب والدروس وغيرها ودليل المسئلة مع الشرائط المعتبرة في المعاملات التي ترفع بها الجهالة والفرع عموم ادلة الصلح بل لا يبعد كما في جمع البرهان اشتراط تعيين المحل الذي يوضع عليه طولاً وعرضاً وعمقاً وهذا اذا كانت الآلات غائبة ولو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك وكذا يجمع البرهان ولكن لا بد من تعيين المدة وهذا في الخشب اما في الآجر واللبن فيكفي فيها العادة كما صرح به في التذكرة وغيرها ولو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسك البناء صرح به في المبسوط وغيره ولا اختلاف ضرره باختلافها وان كان الجدار جدار مسجد ونحوه لم يحجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بدون اذن الحاكم

ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا باذن شريكه ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالاقوى الارش ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرها ( متن )

قطعا كما في الدروس وفي جواز اذنه بعوض حيث لا ضرر على الموقف وجهان اقواهما عدم كما في الدروس وهو قضية اطلاق كلام التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا باذن شريكه ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها وهو واضح بل في التذكرة وغيرها انه ليس لاحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد وفتح الكوه بل ليس له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون اذن جميع الشركاء وفي (الدروس) انه ليس له حك شيء من آلاته حجرا كان أو اجرا ولا الكتابة عليه وقالوا انه له الانتفاع به بالاستناد اليه أو اسناد المتاع مع انقضاء الضرر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) انه لو منع المالك حرم لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد لانه خلاف الاستقلال وفي (الدروس) ان الاقرب ان ليس له المنع اذا كان المجلس مباحا كما هو المفروض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ﴾ كما في المبسوط والخلاف وسائر ما ذكرناه بعدها أنفا مع زيادة الكفاية وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبه الى علمائنا وفي (المسالك) لا كلام فيه ودليلهم الاصل السالم عن المخرج عنه مضافا الى ما في التذكرة بخلاف الحيوان ذي الحرمة لتعلق غرض الشارع بالانتفاع به وان اجباره على عمارته أما لحق نفسه وهو باطل لانه لا يجبر قطعا لو انفرد به أو لحق غيره فكذلك لانه لا يجبر الانسان على عمارة ملك الغير كما لو انفرد به الغير والحاصل ان المخالف الشافعي في القول القديم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو هدمه فالاقوى الارش ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك وفي (التحرير) لو قيل به كان وجها وفي (المبسوط والشرائع والارشاد) ان عليه اعادته وحكاه في المسالك عن التذكرة وليس كذلك اذ الموجود في نسختين منها ما ذكرناه وفي (الدروس والحواشي) ان عليه اعادته لو أمكنت المائلة كما في جدر بعض البساتين والمزارع والا فالأرش (وجه الاول) ان ضمان المثل انما يكون في المثلي والجدار قيمي على ان العين موجوده والزائل انما هو الصفة فعليه ارش ما بين قيمته منه وما معمورا كما في الحواشي وغيرها (وفيه) انه قد يكون قيمته بعد الهدم قليلة جدا وقيمة الجدار الصحيح كثيرة جدا فتأمل فلعل الاولى على القول بالأرش ان يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الاول كما نبه عليه في مجمع البرهان فالجدار وان كان قيميا باصطلاحهم الا ان العرف قد يقضي بالمائلة في بعض الجدران اذ المطلوب منه كونه حائلا ومانعا ولا يريدون في مثل ذلك الا المائلة في الجملة مؤيدا بما عرفته من حال الارش فتفصيل الدروس لا بأس به ولكن جماعة في باب النصب لم يذكروا في مثل ذلك الا الارش ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرها ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ولا فرق بين كون المشترك ذاغلة تقي غلته بعمارة وغيره عند الاصحاب كما في المسالك والمخالف بعض العامة فحكم باجبار الشريك على المساعدة في هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيضرب به

ولو انفرد به أحدهما لم يمنع (متن)

بخلاف الحائط فإنه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته ورد بان قسمة العرصه والحائط قد تكون أكثر ضرراً فكانا سواء  قوله  ﴿ ولو انفرد به أحدهما لم يمنع ﴾ أي انفرد بالبناء أو العمارة على اختلاف النسخ كما في المبسوط والتحرير وهو قضية كلام التذكرة لأنه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يفرمه في نفقته ولا ضرر عليه بوجه وفي (جامع المقاصد والمسالك) ان الاصح والاقوى توقفه على اذنه واحتمل ذلك قويا في الدروس ان بناء بالآلة المشتركة مع اشتراك الاساس لانه مال مشترك فيمتنع التصرف بدون اذن الشريك وقوى من دون توقف التوقف على اذنه ان بناء بالآلة من عنده ففرق بين الامرين والاقوى التوقف مطلقا فاذا امتنع حيث لا ضرر عليه بل يكون في ذلك نفع واحسان اليه رفع امره الى الحاكم ليجبره على الاذن أو المساعدة فان امتنع اذن له الحاكم بدون أجره لانه اذا لم يجبره على العمارة لا يجبر على الانفاق وفي (المبسوط والتحرير والتذكرة) حيث اختير فيها انه لا يمنع انه له بناؤه بانقاضه وبآلات من عنده فان بناء بانقاضه فالحائط على الشركة وان بناء بالآلات من عنده فالحائط للباني (وفيه) ان الآلات اذا كانت مشتركة كيف يجوز له التصرف فيها بالعمارة من دون اذن المالك وفي الثلاثة أيضا انه لو بناء بانقاضه لم يكن للشريك تقضه ولا للباني (وقد يقال) انه لو طالبه الشريك بهدمه امكن وجوب الاجابة لان تصرفه في الآلات كان بدون اذن وربما تعلق غرضه بها وطلب قسمتها كذلك وفي الثلاثة أيضا انه أن بناء بالآلات من عنده فلباني تقضه وليس للشريك ذلك ولا له وضع خشبة ورسومه عليه (قيل) اذا كان الاساس مشتركا كيف لا يكون له تقضه وهو خيرة الدروس وجامع المقاصد (قلت) اذا حصل للشريك ضرر عظيم بعدم عمارته فله دفع الضرر عن نفسه بينائه من آلة من عنده فاذا بناء على وجه شرعي كان مستحق البقاء مملوكا له فليس للشريك تقضه ولا وضع خشبة ورسومه عليه فكان كلام الشيخ والمصنف اوفق باصول المذهب وفي الثلاثة ايضا لو اراد الباني التقض حيث يكون الآلات من عنده فقال انا ادفع نصف قيمة البناء ولا تقضه لم يجبر وفي (التحرير) انه لو قال اما أن تأخذ نصف قيمته لا تنفع بوضع خشبي أو تقلعه لتعيد البناء لزمه الاجابة وقيدته في التذكرة بما اذا كان له رسم خشب عليه لانه لا يجوز للباني ابطال رسوم بنيانه ولعله مراد التحرير وهو خيرة الشيخ في المبسوط وقد حكى عنه في الدروس والمسالك انه خير الشريك الغير الباني بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف قيمة الحائط قالا والتخير في ذلك للباني لا للشريك (قلت) الموجود في المبسوط فان قال الشريك الباني انا لا اتقضه وامنعك من الانتفاع به فقال شريكه انا اعطيتك نصف قيمته واعيد رسمي من الخشب كان له ذلك ويقال للباني انت بالخيار بين أن تأخذ منه نصف قيمة الحائط وبين أن تقضه حتى تعيدا جميعا حائطا بينكما لان قراره مشترك بينكما وله حق الحمل عليه ولا يجوز لك الانفراد به أنتهى وهو صريح فيما حكيناه مخالف لما حكياه وكيف كان فعلى القول باعتبار اذنه لو خالف الشريك وعمر فهل لشريكه تقضه الظاهر أن له ذلك سواء كان بناء بالآلة أو بغيرها اما الثاني فلانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير الا ان يضطر الى ذلك كما تقدم واما الاول فمع انه تصرف في الارض والاتقاض وتغيير لهيئته ووضع الذي كان عليه بهيئة اخرى مفصولة أو كالمفصولة انه ربما تعلق غرضه بالآلة ولا يلتفت الى ان هدمه له تصرف في مال شريكه الذي

ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز (متن)

بناه لأنه يزيد الوصول إلى حقه ولا احترام لما وضعه عدواناً فتأمل وفي (جامع المقاصد) لو أراد أحد الشريكين الأضرار بصاحبه في الجدار والقنا والدولاب ونحوها فإن امتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس يعمد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور من بيع واجارة ومواقفة على العمارة وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر ولا ضرار ولأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال وقد نهى عنها قال ولم اظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلح أن يمتنع (قلت) من الوجوه الممكنة انفراد الشريك بالعمارة وقد صرح به من عرفت من دون إذن الحاكم  قوله  ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو قال في (التذكرة) لو كان علو الجدار لواحد وسفلهما لغيره فانه لم يكن لصاحب السفلى اجبار صاحب العلو على مساعدته في إعادة السفلى لاصالة البرائة وكذلك ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفلى على إعادة السفلى ليني عليه عند علمائنا وفي (المبسوط) نفى الخلاف في الاول وفي (الدروس) لا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو ولا على جدار البيت الا أن يكون ذلك لازماً بقصد وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد وعليه نبه في مثله في المبسوط لكن في التذكرة لو كان له سباط استحق وضعه على حائط غيره فانهم لم يجبر احدهما على العمارة وللشافعية قولان وقضيته عدم اعتبار القيد فيما نحن فيه وفي (التحرير) لو طلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفلى منعه وهذا يوافق ما سلف له في الجدار من انه اذا انفرد احدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم ويمكن حمله على ما اذا كان حمل جدران العلو واجبا والا اشكل فيما اذا كان الاساس ملكا لصاحب السفلى أو مشتركا كما تقدم بيانه  قوله  ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز أي لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه حيث قال جاز قطعاً وتأمل في قسمته عرضاً في التحرير والقسمه تحصل بنشر الحائط وبالعلامة ووجه الجواز فيهما بالنحوين أن لهما هدمه كله اذا تراضيا عليه فاذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالاولى ولا اثر لحصول النقص بالنشر لو اختاراه ووجه ما في التحرير ما قاله فيه قال لو اتفقا على قسمته عرضاً احتمل جوازه لانهما لم يمتنع فيهما وعدمه لعدم تميز نصيب احدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه فانه لو وضع خشبة على احد جانبيه كان ثقله على الحائط اجمع ومعناه ان وضع خشبه على نصيبه موجب لتعدى الثقل والتحامل الى الآخر وفيه انها اذا تراضيا على ذلك فلا مانع نعم ذلك يجدي فيما اذا طلب احدهما القسمه كذلك وامتنع الآخر فانه لا يجبر لذلك كما يأتي والمراد بطول الحائط امتداده من زاوية من البيت الى الزاوية الاخرى أو من حد من ارض البيت الى حد آخر من ارضه وليس المراد ارتفاعه عن الارض فان ذلك عمقه وبعرضه هو سطحه الذي يوضع عليه الجذوع والمراد بالقسمه طولاً هي القسمه في كل الطول ونصف العرض وهذه صورتها  وقسمته عرضاً هي القسمه في نفس الطول وكل العرض وهذه صورتها  فلو كان طوله عشرة وعرضه ذراعين واقسما في كل الطول ونصف

ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف الطول  
وكل العرض (متن)

العرض ليصير لكل واحد ذراع في طول عشر جاز وكذا لو اقتدماه في كل العرض ونصف الطول  
لصير لكل واحد منهما طول خمسة في عرض ذراعين وبأبي الكلام في القرعة وهذا الذي حكيناه  
في القسمة هو المذكور في التذكرة والدروس وجامع المقاصد ويأتي عن المبسوط عكس ذلك فسمى  
قسمة الطول قسمة العرض وبالعكس وكلام التحرير في قسمة عرصه المائط يوافق اصطلاح المبسوط  
قوله **ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف**  
**الطول وكل العرض** كما في التحرير وحزم في التذكرة بعدم الاجبار في الاول وقال في الثاني أن انتهى  
الضرر عنهما أو عن الممتنع احبر عليهما وان تضرر الممتنع لم يجبر ومقتضى كلام الدروس الاجبار ايضاً  
على القسمة مع انتفاء الضرر في الثاني وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد وفضله في عبارة الكتاب  
بقوله وكذا انه يشعر بانه اضعف في الحكم من الاول ولا ترحح في المبسوط لانه قال في الناس  
من قال لا يجوز الاجبار على قسمة المائط طولاً وعرضاً وفي الناس من قال يقسم المائط طولاً ولا تقدم  
عرضه على حال لان قسمته لا تتصور ووجه عدم الاجبار في الاول انه له اجماعاً على هذا الجواب  
لا محيص عن الرعة في التخصص لان المفروض عام نراعيهما والاحتمال بغير فرعه ولا تراخي  
مناف للقسمة ولا بطير له في الشرع والفرعة ربما وقعت لاحدهما على الشق الذي يلي الآخر فلا يمكن  
من الانتفاع بما وقع له وعدم امكان فصل كل سهم عن الآخر لانه ان اكتفى العلامة اعني خذ  
السهمين كان بناء احدهما على نصيبه موجبا لعدم العمل والتعامل الى الآخر وان كان السهمين  
الجدار وتنافستهما في روجه العدم في الثاني انه فصل بالعلامة لم يندى العمل الى الآخر وان كان  
الشر لزم ان لا يبي من الجدار ولا اضرار مع الاضرار لكن هذا الاصل من لانه غير له قسمة  
الدوب الصفيق والقرعة التي هي معار القسمة هي ما بيننا في الاول ووجه ما حكاه في المبسوط من  
انه لا يتصور قسمته انا وجدناه اصطلاح فيه على تسمية قسمة العرض بقسمة الطول وبالعكس كما  
وسمينا. يتصور ما حكاه من انه لا يتصور قسمته ( اذا تقرر هذا ) فمد الى عبارته الكتاب وهو ما  
ما فيها انهم اهل طلاء القسمة طولاً أو عرضاً وتراضيا عليها فلا كلام في الحواز واولها القسمة وابع  
الآخر فان المبدأ المطلوب في كل الطول ونصف العرض أو بالعكس واهم الآخرة الاجبار فلا حل  
في العبارة ولا بد ان كان في اجاز مكان اشارة أو اضرار واهم قصد بذلك ما امر الله تعالى من  
الاشتمار وقد حكى في جامع المقاصد عن الشهيد انه اورد في بعض حواشيه أن القسمة لاهلها وعرضها  
القسمة في كل الطول ونصف العرض وفي نصف الطول وكل العرض وانه التكرار لانه احاب  
باختلاف الحكمين فان الاول يعطي الجوار والثاني يعطي عدم الاجبار فالفرق بينهما في ما بين تمام  
والخاص وقا في ( جامع المقاصد ) أن الدليل والحواب اسما لشيء والموجود فيما عند من الجوار  
المسببة الى حكمه ذلك عن الفخر قال انه قال لا فرق بين قولنا طولاً وبين كل الطول ونصف  
العرض وكذا الآخر حكى عن ابن بيران أنه أظهر بينهما فقا هندسيا لم نعهه وقال يمكن أن يراد  
بالاول قسمة رأس المائط طولاً وعرضاً مع بقا باقيه مشتركاً فانهما يمدقان عليه مع عدم صدق كل

وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه ولو تعاونوا على اعادة المشترك أو اعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة (متن)

الطول وكل العرض فانهما لا يصدقان الا مع الانتهاء الى الارض وقد نبه في المبسوط على قريب من هذا في قوله بقسمة عرصة الحائط ويمكن حمله على هذه العرصة التي ذكرها في المبسوط وجعلها مقدمة على قسمة الحائط وصرح في التحرير بقسمة العرصة انتهى (قلت) الموجود في المبسوط لا يناسب شيئا مما ذكره قال في (المبسوط) اذا تهدم الحائط المشترك واراد احدهما أن يقاسم صاحبه عرصة الحائط فان اتفقا على ذلك جازلها أن يقسماها كيف شاآ أن اراد أحدهما وامتنع الآخر نظرا فان اراد قسمة الطول أجبر الممتنع منهما على ذلك وقسمة الطول ان تقدر العرصة وتحط في عرصتها خيطا يفصل بين الحقيين فاذا فعل ذلك أقرع بينهما فأيهما خرجت عليه القرعة أخذه وبنى عليه بناء يختص به فأما اذا اختارا أحدهما قسمة عرضه قبل فيه قولان (أحدهما) لا يجبر عليه لان القرعة لا تدخلها (والثاني) وهو الصحيح انه يجبر عليه لانها قسمة ليس فيها اضرار الى أن قال ومثال قسمة العرض أن يخط خطا في طول العرصة فاذا كان مقدار العرض مثلا ذراعا جعل مما يلي ملك كل واحد منهما نصف ذراع انتهى فقد فرضها في المبسوط في المنهدم ولا يخفى عليك ان اصطلاحه في الطول والعرض عكس ما بيناه وعليه يحمل ما حكيناه في قسمة الحائط وقال في (التحرير) لو كان بينهما عرصة جدار فاتفقا على قسمة جاز طولا وعرضا ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولا والآخر عرضا أجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه ولو كان فيهما ضرر لم تجز القسمة ولو طلب أحدهما القسمة عرضا ولا يفي العرض بحايطين لم يجبر الممتنع وان وفي بهما احتمال الاجبار لانتفاء الضرر وعدمه لانتفاء القرعة اذ مهار بما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به ولو أجبرناه لاجبرناه على ما يليه من غير قرعة ولا مثل له في الشرع وهذا يوافق ما في المبسوط من الاصطلاح في التسمية ولا ينفع الشهيد فيما ذكره في توجيه العبارة **﴿ قوله ﴾** وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه **﴿** قد ظهر الوجه في ذلك مما تقدم **﴿ قوله ﴾** ولو تعاونوا على اعادة المشترك أو اعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة **﴿** كما صرح بالامرين في التذكرة من غير نقل خلاف حتى من العامة وقال لو شرط مع التعاون على الاعادة والشركة في بنائه زياد للاحدهما فالاقوى عندي الجواز عملا بالشرط وبه حزم في التحرير قال لو كان الحائط نصفين فاتفقا على بنائه على الثلث جاز (قلت) ولعله لا بد في ذلك من مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الارض بناء على أن الصلح أصل وان كان بغير عوض اذا المراد من الشرط في التذكرة والاتفاق في التحرير انهما اصطلاحا على ذلك ووجه العدم انه شرط عوض من غير معوض لانهما متساويان عملا وجدارا وعرصة وانتقاضا فيكون قد استوهب سدس حصصه شريكه وهبة ما لم يوجد لانجوز وهو خيرة الشيخ في المبسوط وهو بناء على انه فرع الهبة وقد يجعل المانع عدم وجود التركيب الذي هو جزء صوري من الحائط وعدم امكان ضبطه وفيه ضعف والا لما جاز الاستئجار على البناء المقدر بالعمل وهذا لا ينافي ما سلف لنا من أنه لا يجوز الصلح على ما سيبيته بما سيبيته الآخر ويمكن أن نقول في تصحيح ما نحن فيه بالصلح بأن الشارط على نفسه قد تبرع بما يخص شريكه من عمله والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له في مقابله قدرا من الملك وانه اشترط سدس النقض له في الحال لا من الجدار بعد البناء لانه تعليق ملك في عين وهو ممتنع لامتناع الاجل

ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بتمتص صاحبه كان له المنع ولو أعاده بآلة من عنده  
فله ذلك ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو  
ضرب وتد لو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من  
الانتفاع بالماء ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة  
سقف المجرى وان خرب من الماء ولا على المالك اصلاح القناة لو خربت بغير سببه  
ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وان كان مشتركا ووضع  
ما جرت العادة بوضعه للضرورة ( متن )

في الملك فيصح الصلح حينئذ بلا اشكال ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة مشتركة وشرط لنفسه  
الاكثر من الآلات والنقص صح قطعا كما في الدروس ويجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء  
من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من الرقيق وعلى هذا يملك الاكثر من الحائط مينا ولو انفرد أحدهما  
بالعمل والآلة بشرط أن يكون له الثلثان من الحدار فقد جمع بين البيع والاجارة لانه قد قابل ثلث  
الآلة المملوكة ونصف عمله بسدس العرصه المملوكة ويشترط في صحة ذلك العلم بالآلات وبصفات  
الحدار قوله قوله ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بتمتص صاحبه كان له المنع قوله وجهه واضح  
وبه صرح في الذكرة وفي ( التحرير ) انه ليس له منعه فان بناه بالاتفاق فهو كما كان وان بناه بآلة  
من عنده لم يكن لصاحب السفلى الانتفاع به من طرح الخشب ورسم التود وله السكنى في السفلى انتهى  
وقد تقدم الكلام في مثل ذلك هذا وقال في ( المبسوط ) ليس اصحاب السفلى مطالبه صاحب العلو بالبناء  
بلا خلاف ( قلت ) وليس لصاحب العلو مطالبة صاحب السفلى بالبناء الا أن يكون ذلك لازما بمقد  
والنقص بالكسر المنقوض وهو آلات البناء - قوله ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك قوله كما  
في التذكرة وقد سمعت في التحرير وقال في ( جامع المقاصد ) انه ليس على اطلاقه بل هو مفيد بما اذا  
لم يكن الاساس للآخر ولا مشتركا بينهما والا لم يميز بدون الاذن ( قلت ) قد تقدم بيان وجه الاطلاق  
في مثل ذلك قوله ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بتمتص صاحبه كان له المنع من الانتفاع  
بفتح كوة أو ضرب وتد قوله ونحو ذلك من التصرف المضعف للحدار لانه اضرار بصاحب العلو في أمر  
مستحق له كما نبه عليه في التحرير وغيره قوله ولو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر  
والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء قوله كما في المبسوط والتذكرة والتحرير لان الماء ينبع من  
ملكهما المشترك وليس للمنقذ عين مال وانما له أثر نقل الطين عنه الا أن يكون الحبل والدلو والبكرة  
له فيكون له منعه من الاستقاء بهذه الآلات فاذا استأنف الشريك لنفسه آلة لم يكن له منعه من  
الاستقاء ومنه يعلم الحال فيما لو بناه بآلة من عنده قوله ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك قوله وجهه واضح  
في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء ولا على المالك اصلاح القناة  
لو خربت بغير سببه قوله كما في التذكرة وجامع المقاصد في الامرين ولم ينص في الدروس الاعلى الاول  
لانه لا يجب عليه أن يسقف المجرى فلا يجب عليه عمارة لو خرب بسبب الماء لانه حصل سبب مستحق  
ولان استحقاق الاجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى في الثاني قوله ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك قوله وجهه واضح  
العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وان كان مشتركا ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة

ولصاحب السفلى الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿ فروع ﴾ إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الابقاء نظر (الثاني) لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم الاستحقاق (متن)

ولصاحب السفلى الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿ السقف المشترك يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه ووضع الاثقال عليه على المعتاد ولصاحب السفلى الاستظلال والاستكان به لانا لو لم نجوز ذلك لزم الضرر العظيم وتمطيل المنافع وقد قرب في التذكرة انه ليس لصاحب السفلى تعليق الامتعة فيه سواء كان له ثقل يتأثر به السقف أولا كالثوب ونحوه ومختاره هنا خيرة الدروس (وفي جامع المقاصد) انه قريب لجريان العادة بذلك نعم لا يجوز ضرب الوتد قطعاً ولو اختص به فله التصرف في ما يملكه كيف شاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ فروع ﴾ إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ﴿ كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير والفرق ان الاعارة اذن في الوضع فلا تقتضي التكرار ما لم يصرح به وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق أما اذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم الى امد معين فانه يقتضي استحقاق الاعادة للمعلم ببقاء الاستحقاق بعد السقوط بل يجبر على بناء الجدار والخصوصية غير ملحوظة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الابقاء نظر ﴾ ونحوه ما في الايضاح والحواشي من عدم الترجيح (في التذكرة) ان الاقوى بتحريم الابقاء لما فيه من الضرر العظيم (في جامع المقاصد) ان الاصح جوازه لأن الازالة ضرر والضرر لا يزال بالضرر مضافاً الى أن له حق البقاء فيستصحب (وقد يقال) ان الضرر العظيم يزال بالضرر الاقل وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً أي قاصداً للضرر وقد تقرر انه يمنع ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والاعارة ما لم يبذل الارش في الاعارة فتجب الازالة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم الاستحقاق ﴿ كأن المسئلة غير محررة في الكتاب والتذكرة بل في جامع المقاصد لانها اما أن لا يعلم على أي وجه وضع ذلك أو يدعي صاحب البناء والخشبة الاستحقاق بصلح ونحوه ويدعي الآخر العارية أو يدعي الاول انه يمتق والآخر انه عدوان فان كان الاول ففي (المبسوط) انهما اذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه وضع ثم انهدم السقف فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنع من رده لانه يجوز أن يكون قد وضع بعموض فلا يجوز الرجوع به بحال بلا خلاف وهو خيرة الدروس (في التحرير) في استحقاق الاستمرار نظر والخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد وقدمى قول الشيخ بالضعف مع انه نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين ولعله لان الاستحقاق يتوقف على أمور كثيرة والاصل عدمه وعدمها الا أن يقال ان الظاهر ظاهر يد فتنقطع الاصول وان كان الثاني وعليه تنزل عبارة الكتاب والتذكرة لانها في الفرض سواء والا فمن لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير ما دام لا يعلم الاستحقاق لا يدعيه فلا يتصور منه ولا من الآخر الذي هو مثله اليمين



لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق ﴿ الفصل الثالث في التنازع ﴾  
لو صالح المتشبت المصدق لاحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالارث على شيء شاركه  
الآخران كان باذنه والاصح في الربح ولا شركة ( متن )

عليه فقد قرب المصنف هنا وولده في الايضاح وجامع المقاصد وكذا الشهيد في الحواشي تقديم قول مالك الارض لاصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ولان اليد تقتضي الاختصاص بالاتفاق والوضع أهم من الاستحقاق وأقصاه أن يكون بحق وهو أهم من العارية التي يجوز الرجوع فيها وظاهر الشيخ ان على مدعي العارية البينة واليمين على الآخر ولعله لمكان الظاهر كما عرفت آنفا ولا ترجيح في التحرير والتذكرة والدروس وفسر العبارة في جامع المقاصد بالمعنى الاول ثم اعترض عليها على المعنى الثاني ولعله لقوله ولم يعلم سببه وقد يقرأ يعلم بالبناء للمجهول وان كان الثالث فالقول قول صاحب البناء الاصل في فعل المسلم معتضد بالظاهر ومثل البناء والخشبة والمجرى الميزاب يقذف في ملك غيره والمجاز فيه قوله لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق ﴿ كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاول الاجماع عليه لان موضع البيع الاعيان والمخالف الشافعية حيث الحقوا الحقوق المتلفة بالاعيان (بالايعان خ) ( ١ ) ويصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط اتعيين كما صرح به هو لا . وكذا الشيخ في المبسوط والشهيدان في المعة والروضة في الصلح على اجراء الماء والتعيين فيه يحصل بتقدير المجرى ولو لا وعرضا أي المريم فيه الماء لترتفع الجهالة ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تخوم الارض كما صرح بذلك كله جماعة وينبغي مشاهدة الماء لاختلاف احواله وكثرته ولو كان ماء ملر اختلف بكبر ما يقع عليه وصغره فعرفته تعرف بمعرفة محله ويأتي تمام الكلام في مثله في الفصل الثالث في التنازع ﴿ قوله لو صالح المتشبت المصدق لاحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالارث على شيء شاركه الآخران كان باذنه والاصح في الربح ولا شركة ﴿ كما في المبسوط والارباع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه المشهور وكأنه أشار بذلك الى ما ستمعه عن المسالك والا فلا خلاف في ذلك ولا فرق بين ان يقولوا ورثاها وقبضهاها ثم غصبها منا وعنده كما قرره في التذكرة وجزم به في اول كلامه في جامع الاماميد لان سبب التشريك موجود وحكي في الأول عن بعض العامة انه لا يشاركه لان التركة اذا حتمت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه واتقاع حقه عما في يد الآخر ولهذا يجوز ان يطرأ المدب على نصيب أحدهما خاصة بان تزال يده فالمنصوب لا يكون مشتركاً بينهما وحاصل ما اراد المصنف والجماعة ان المدعين اتفقا على كون سبب ملكهما مقنضياً للتركة فاقرار المنشبت لاحدهما مفذس لتشاركهما فيما أقر به وان لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به لأنهما متفقان على ان البعض كان كالتكلى يستوي ملكهما فيه فيمتنع اسنحاق المقر له النصف دون الآخر كما ان النائث يكون ذاهباً لهما واستراهما في المقر به تب من جهة اعترافهما بما يوجب السرقة لامن جهة الافراد قوله لا يشر فيه تخصيص المهر أحدهما بالملك وحينئذ اذا صالح المقر له المنشبت على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شركاء

( ١ ) وجد في نسختين غير مكررة والظاهر التكرير ( مصححه )

أو اجازته بعده صح في جميعه بجميع العوض والا فقي ربع المقر له بنصف ما صولح عليه ويطل في ربع شريكه ويأتي الكلام في اشتراكهما في المقر به وتردد من تردد في ذلك أو مثله وفي (المسالك) ما حاصله ان هذا لا يتم الاعلى القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح بل انما ينزل على ذلك الاقرار فلو أقر بالنصف للغير يكون اقرار بربعه وربع شريكه ووجهه ان البائع انما يبيع مال نفسه ولا يصح بيع مال الغير الا فضولا أو وكالة وكل منهما غير المتبادر المتعارف فينصرف الى ماله بخلاف الاقرار فانه كالشهادة بأنه لفلان وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله فينبغي ان يكون المصالح عليه انما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له هذا اذا قال له صالحتك على النصف مطلقا للفظ أو على نصفي وأما اذا قال له صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلاً على الاشاعة لانه تابع للأقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متجها ويمكن تنزيله على ذلك لثلاثين في ما ذكره من القاعدة قال وهذا توجيه حسن لم ينبه عليه احد نعم قال الشهيد في بعض تحقيقاته يحتمل انصراف الصلح الى حصة المقر له ويكون العوض كله له وتبعه الشيخ علي رحمه الله واطلقوا انتهى حاصل كلامه وفيه نظر من وجوه (الاول) ان هذه القاعدة في البيع والاقرار ليست مسلمة عند الكل أما البيع فقد تقدم في بابه أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحمل على الاشاعة كما في نهاية الاحكام والكتاب والايضاح وغيرها ووجوه بأن البيع صالح للملكه ومالك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منهما ولفظ النصف اذا أطلق يحمل على الاشاعة ولم يجعل الشارع صحة التصرف قرينه في المجازات والمشاركات مضافا الى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ علي رحمه الله تعالى (واما الاقرار) ففي التحرير ان الاقرب انه لو قال بعت نصفه او اقر بنصفه التخصيص بنصيبه نعم ظاهر بيع الكتاب ونهاية الاحكام والايضاح الاجماع على التنزيل على الاشاعة (وعسك نقول) كيف يدعى الاجماع على ذلك وقد أطبقوا في باب الاقرار والميراث انه اذا اقر بمشارك في الارث ولم يصدقه باقي الورثة انه يدفع اليه ما فضل في يده عن ميراثه وانه لا ينزل على الاشاعة (لانا نقول) الاشاعة اشاعتان اشاعة بالنسبة الى النصيين واشاعة للاجزاء في الاجزاء فالأولى يقابل بها تنزيل الاقرار على نصيبه فقط كما اذا باع مالك النصف النصف فانه ينزل في المشهور على نصيبه فقط والذانية ثابتة في كل مال مشترك وملاحظتها تقضي بأن انكار المنكر بمنزلة الاتلاف كما سيتضح لديك فيما يأتي فالمنية في الاقرار والميراث الاشاعة الثانية قالوا لو أقرت بولد للزوج المتوفى وكذبها الاخوة دفعت اليه ما بيدها زائدا عن نصيبها وهو الثمن ولا تدفع اليها سبعة أثمان ما في يدها تنزيلا للاقرار على الاشاعة فيستحق في كل شيء سبعة أثمانه والمراد بالاشاعة في الاقرار هنا وفي باب البيع الاشاعة بالنسبة الى النصيين بل دفعها ما في يدها زائدا عن نصيبها في المثال من باب تنزيل الاقرار على الاشاعة بالنسبة الى النصيين فليحظ ذلك فانه نافع دقيق وربما خفي على الاجلاء وتام الكلام في باب الاقرار فانا قد اسبغناه هناك (الثاني) ان المحقق الثاني قد نبه على ذلك فانه بعد ان فسر كلام المصنف وفرق بين السبب الواحد الموجب للتشريك والسبب المتغاير بان الصلح يصح في حصة المصالح أجمع ولا شركة للأخر معه كما سيأتي في الثاني وان الآخر يشاركه في الأول كما عرفت قال ولقائل ان بقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقنضياً للتشريك في عدم الشركة لأن الصلح انما هو على استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الأثر صح ولم

ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة (متن)

يتوقف على رضا الباقي وفي ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به في المسالك مضافا الى ما ذكره في تمام كلامه كما ستسمعه انشاء الله تعالى وفي هذا بلاغ أقصاه انه ماوجه التوجيه الذي نزل هو عليه كلام الاصحاب ثم ان كلام الشهيدين والمحقق الثاني غير جيد قطعاً لان كلام الاصحاب في المقام صريح في ان الصلح على ذلك النصف الذي أقر له به كما هو نص كلام المبسوط وفي (الشرائع) أنه صالحه على ذلك النصف ونحوها الارشاد وفي (التحرير) صالحه عما أقر له به وفي (شرح الارشاد) صالحه على مجموع هذا النصف فلا مجال لاحتمال الشهد في كلام القوم ولا لكلام الحق الثاني ولا لتفصيله في المسالك بالانفاظ الثلاثة وتوجيه كلام القوم بذلك لانه نص صريح لا يحتاج الى توجيه على انه ما ثبت له في ظاهر الشرع وعند المقر الا ذلك ولا صالحه الا عليه فينصرف الصلح اليه وان كان مطلقاً أو مقيداً بنصفي لانه هو الذي له والا لما رضي المقر بالصلح والا فلو صرح له بانه انما يصلحه على نصفه الذي له في نفس الأمر والواقع من غير اشاعة متعاقمة يربح صاحبه ورضي المقر به لزمه الاقرار بثلاثة ارباع الدار نصف للمصالح وربح لشريكه كما هو واضح والحال انه منكر للنصف الآخر فالحكم في عباراتهم كما قاله سواء قال صالحتك على ذلك المقر به كما هو صريح من عرفت او نصفي او اطلق والاخير ان ينصرفان الى الاول والا لما صح الصلح لعدم رضى المترفلو قال انما قصدت مالي من غير اشاعة لا يسمع قوله لان المتران يقول ما اشتريت الا اقررت به وهذا موجه مسوع على انهم رضي الله عنهم كفوناً مؤنة ذلك وعبارة الكتاب تحمل على ذلك على ان اعتراض المسالك على عبارة الشرائع وقد سمعنا حديثاً قوله في ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولا شركة كما صرح به في المبسوط وجميع ما ذكرناه فيما اذا قصد السبب والمراد تغاير السبب ان يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الآخر كأن يكون احدهما مستحقاً للنصف بالأرت والآخر بالشراء فلا يكون مقصداً للشريك وانما تجبي الشركة من الشروع ولا فرق في ذلك بين ان يصرحا بذلك ام لا والحاصل انهما لم يصرحا بما يتخصب الشركة المشاعة لعدم الدليل وثبوت ملك احدهما لا يستلزم ثبوت ذلك للآخر نعم ان ادعى احدهما ذلك على الآخر كانت دعوى كذا اثر الدعوى وهل يكون سراؤهما معاً وتمامهما وقبضهما معا اذا اقر به المصدق من المدعين كالارث ام يلحق بالسبين المتأخرين صرح في المبسوط والتحرير وفتح البرهان والكفاية باللاحاق في الاول أعني الشراء وقرب في السذكرة وجامع المقاصد الالحاق في الامرين أعني الشراء والامهات واحتمل ضعيفا لعدم لان البيع لانيين بمنزلة هفتين ولم يرجع في المسالك هذا وفي (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقصداً للشريك في عدم الشركة لان الصلح انما هو استحقال المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكة الى آخر كما اقام نقله ورده وقال قد سبق في البيع فيما اذا قال النصف لك والنصف الآخر لي والشريكي ما ينافي الاثمة ما هذا حيث انه حكم بالشريك بينهما في الحاصل والنافع وفي أحكام التنازع في الرهن تردد في الشريك وعده (قلت) انه أراد كما هو صرح كلامه انه تقدم له في ذلك ان الربع التالف بسبب تكايب الشريك يكون من المقرر والمقر له والحاصل لها من دون فرق بين اتحاد السبب وتغايره حيث لم يتعرض له وبيانه انه ما أقر له بالنصف الذي هو ستة من اتمى عسر

وان النصف الآخر له ولشريكه وكذبه الشريك كان متعلق الاقرار أمراً كلياً في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذاً في الربع الذي هو نصف ما في يده فصار هذا الربع تالفاً ولا شبهة في ان العين المشتركة اذا تلف بعضها انما يتلف من الشريكين على قدر استحقاقهما وقد انحصرت الشركة بين المقر والمقر له لأفلاً ولورد وانكر فلا شركة معه فكان التالف من المقر والمقر له موزعاً على نسبة استحقاقهما فكان للمقر اثنان والتالف منه واحد وللمقر له أربعة والتالف منه اثنان ولم يفرق في العين بين كون سبب الشركة فيها متحداً أو متفايزاً وقضية كلامه هنا التفصيل بانه ان كان سبب الملك موجباً للتشريك ككون المقر به مستحقاً لهم بالارث كان انكار الشريك بمنزلة تلف الربع ووجب كونه منهما لانه لما أقرله بنصف كان متعلق الاقرار أمراً كلياً في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذاً في الربع فصارت تالفاً ويمتنع تلف الأفعال الكلي اذا التلف انما يتحقق في نفس الامر والواقع بحيث يترتب عليه مقتضاه للأمر المتعين المشخص وان كان سبب الملك لا يقتضي التشريك لم يكن رد المنكر بمنزلة التلف فيكون للتالف بمقتضى الاقرار نصف ما في يد المقر لا غير لان له بمقتضى الاقرار ربع ما في يد كل من الشريكين كما لو صرح فقال لك نصف ما في يدي ونصف ما في يد شريكي والحاصل ان الانكار لا يلحق بالتالف الا فيما اذا كان سبب الملك متحداً موجباً للتشريك وأما ما عداه فلا دليل عليه فيكون كلام المصنف هناك منزلاً على ما هنا لكن كلامهم في باب الاقرار والميراث يقتضي بأن الانكار من الوارث وغيره أحمد السبب أو تفازير لا يلحق بالتالف كما سمعته آتفاً في مثال اقرار الزوجة بولد الا أن يحمل كلامهم في البابين على ما اذا كان بعد قبض الوارث واستقرار الملك كما يأتي للمحقق الثاني فيما حققه بقوله والذي يقتضيه الى آخره كما سمعته وبالجملة كلامهم غير محرم فتدبر وأما ما أشار اليه من استشكله في باب الرهن فهو قوله ولو ادعى على واحد رهن عنده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد للآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أولاً فان قلنا بالتشريك لم تقبل والا قبلت وقد اختار هناك ولده التشريك وعدم قبول الشهادة لانه يدفع بشهادته مزاحمته وفصل في (التذكرة والحواشي) التفصيل المذكور هنا وهو انه ان كان سبب الملك موجباً للتشريك ككون الدين المرهون به العبد مستحقاً لها بالارث أو نحوه شارك ولم تقبل شهادته والا فلا وقال في (جامع المقاصد) فيما نحن فيه والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الوارث (الورثة خل) والتالف لا يمتنع عليهم وكأنه لم يكن وامتناع الوصول اليه كلفه في هذا الحكم والظاهر انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم فلا دليل على الحاق تعذر الوصول الى حق بعضهم بالانكار مع عدم اليقظة ونحوها بتلف البعض في هذا الحكم فالاصل عدمه فينبغي التوقف فيه فيلاحظ الحكم المذكور في البيع (قلت) قد لحظناه وتحريره ما اقتضاه نظره وامله به بمحصل الجمع بين كلماتهم في الابواب الاربعة وان كان طاهرهم في باب البيع والاقرار عدم الفرق بين ما كان قبل القبض وبعده وقضيته في البيع ان التالف منها مطلقاً وفي الاقرار ان التلف من المقر له مطلقاً وقد أورد على هذا الفرق في المسالك ايراداً لا وجه له مبني على ما سلف له من ان الصالح انما وقع على حقه فيختص به سواء كان قبل القبض أو بعده وينقدح مما ذكرناه في المقام اشكال فيما اذا كان الدين على الميت ألفاً وكان التركة الفين

ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ومدعي أحدهما الباقي (متن)

وعصى أحد الولدين مثلاً بالالف التي في يده فهل ينحصر الدين فيما في يده المطيع أولاً احتمالاً أن أشبههما  
العدم فتأمل ولو كان المشترك ديناً فأقر لبعضه وأنكر بعضاً ففي الشركة قبل القبض لا بحث وبعد  
القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لها والتالف عليهما وعدمه وبيئتي  
عليه ما لو صلح عليه بعد قبضه حقيقته قوله حقيقته (ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر  
ومدعي أحدهما الباقي) كما في النهاية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس والحواشي واللمعة  
والتنقيح والتذكرة وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع الرهان وفي الأخير  
أنه يجمع عليه وفي الستة الأخيرة كما هو المحكي عن ابن المتوج أنه لا بد من اليمين قال في (التذكرة)  
الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحالف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما  
فيه فمن نكل منها قضى به للآخر ولو نكلاً أو حانفاً معاقباً بينهما إلى آخره وفي (مجمع الرهان) كأن  
الأولين يجمع عليهما والظاهر أن الخلف إنما هو مع طلب صاحبه وعلى عدم استحقاق صاحبه في المدعى  
لا على استحقاقه كما هو ظاهر والظاهر أن إطلاقات النص كما سنسمعه والفتوى مقيدة بذلك وبه دم  
البينة أو بما إذا كانت لهما بينة من غير حيمان والإطلاق فيهما مبني على الظاهر المعهود والقواعد  
المهترجة والأولى أن لا يبدل في ذلك وقوله في الدروس لم يذكر الاستصحاب في هذه  
بيئته فلهذا أراد إلا أكثر أو أنه غفل عن التذكرة أولم ينافر بها فيما والأصل في ذلك الرواية المسهورة  
كما في (الدروس والتنقيح) وهي رسالة محمد بن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام في رجائين كان بينهما  
درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر نبني وسيدك مال عليه السلام قال أقرب أن أحد الدرهمين  
ليس له فيه شيء وأنه إنما صاحبه وأما الآخر في بينهما ومثلاً رسالة عبد الله بن المغيرة عن حماد وأمه وهذا  
يدل على استماضته وعدمه وفيها التصريح أنه يقدم الدرهم الثاني بينهما ومنه ولا يدبر الأول لأن  
يجمع عليه كما في مجمع البرهان وهو كذلك سابقاً أكر في حبر البهرة أكل بلاح على أنه عدم جماعة  
أن يقدم صاحب الإجماع كاف في الصحة وهو غير صحيح وهما مقيدان بالقيود المتقدمة كما في دم وفي  
(الدروس) أنه يشكل ذلك إذا ادعى الثاني الزمناً مناعاً فإنه يقرى النسبة بيمين ويحلف الزمناً  
للأول وكذا كل مشاع اتدى وقواه صاحب التنقيح وقال في (إيضاح الدافع) لا أرى له حياً حساساً وأمل  
فيه في قضاء الروضة في آخر كلامه وفي (قواعد الكافي) والدروس واللمعة) أنه لا كان في أبيه  
من فادعاهما أحدهما وادعى الآخر منها نصه ولا بينه فهي بينهما بالسوية وإن على مدعي التنقيح  
اليمين اصحابه ولا يمين على صاحبه وسرحوا في آخر كلامهم أن ذلك إذا كان الدافع مساعاً وقد  
انهض في الروضة للفرق بين المساع وغيره بأن كل حزم من العين على تقدير الإساءة ادعى كل منهما  
تعلق حقه به ولا ترجيح فكانت نسبته إلى الجمع على السوا (وفيه) أن كل حزم من العين يكون مساعاً  
بالإساءة تماماً لا على الكل بلا كلام والتزاع في نصف الآخر أي نصف فاض فاض نسبهما إلى  
الكل على السوا حتى يقدم الكل بل إلى النصف فلا وجه لاختصاص أحدهما بخالف لأن الرضى  
إذاعة التصرف فالنظر بقضي في هذا المذهب أيضاً التحالف وقسمة النصف كما في ما نحن فيه أعني  
درة العين وكلامهم في رد قول أبي علي يؤيد ذلك كما أوضحنا ذلك في قضاء الكتاب في يرجع إليه

وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج  
الاجزاء (متن)

من اراده ثم ان ماذكر في توجيه الحلف ان تم فانما يصحح القسمة لا الحلف من الثاني خاصة وتوجيهه  
ان يدها على العين سواء فييد كل منهما نصه مشاعاً والثاني أقر بنصف المشاع من الجميع فخرج نصف  
الجميع بذلك عن الاشاعة والمفروض أن يد الاول على النصف كذلك بدون منازع والنصف الآخر  
في يد الثاني يدعيه الاول وينكره الثاني فاليمين عليه وهو يقتضي القسمة انصافاً بعد حلف الثاني للاول  
كما في كل موضع وجد الداخل والخارج فقارقت الاول لان الثاني في الاول بدعواه الواحد المفروض  
اعترف للثاني بالآخر من دون نزاع وبقي في يديهما درهم واحد ولا ترجيح لاحدهما فيه فيقسم نصفين  
(وفيه) ان الاشاعة لا تقتضي انصراف النصف المقربه الى النصف الذي في يد الاول لعدم التعيين في  
الشروع بل اللازم منه عدمه فقولك ان الثاني في النصف المتنازع فيه داخل والاول خارج ممنوع بل  
كل منهما فيه داخل وخارج ويد الثاني كيد الاول على المتنازع فيه وغيره سواء فحل القسمة النصف  
بعد التحالف كالاولى وكان كلام شيخنا صاحب الرياض غير محرر (والحاصل) ان اطلاق الاصحاب في  
المقام والاخبار يشمل صورتي دعوى الثاني الدرهم على الاشاعة أو على التعيين والمصرح بالفرق في باب  
القضاء هو من عرفه وهو المصنف والشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه فلا ينبغي العدول عن ذلك الى هذا  
ثم ان ذلك كله اذا كان الدرهمان بيدهما مما كما عرفت دون ما اذا كان بيد أحدهما أو تالت لخروجهما  
عن الص وهو الجماعة ويرجع فيها الى القاعدة كما بين في محله وذكره وما بعدها في باب الصلح  
أما لان ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم واما لمناسبة له حيث ان الصلح لا يكون الا كذلك  
لانه العدل ويرغان في الصلح حذرا من الايمان ﴿ قوله ﴾ وكذا لو استودع من اثنين  
ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء ﴿ أي وكذا الحكم لو استودع  
اسان من رجل دينارين مثلاً ومن آخر ديناراً ثم امتزجا اما بقبر تفريط منه أو باذن المالكين ثم تلف  
واحد بغير تفريط فانا ندفع الى صاحب الدينارين ديناراً لان الآخر معترف له به والدينار الاخر  
يقسم بينهما نصفين وهذا هو المشهور كما في الدروس والتقيح وايضاح الدافع والمسالك والروضة  
والكفاية والرياض وفي (جامع المقاصد) سبته الى الاكثر تارة والى الاصحاب أخرى وقد نسب  
الى الاصحاب في الدروس والمسالك والروضة ولم أجد فيه خلافاً الا من المصنف في التحرير فانه قال  
الاولى عندي قسمة التالف على رأس المالكين فيعطى صاحب الدينارين ديناراً وثلاثاً وصاحب الدينار  
ثلاثاً ديناراً وقد مال الشهدان والمحقق الثاني الى القرعة لانها مقتضى القواعد لكنهم لم يجسروا على  
المخاطة ودليل المشهور خبر السكوني عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع  
ربلاً دينارين واستودعه آخر ديناراً ففضاع ديناراً منهما فقال يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان  
الدينار الباقي بينهما نصفين والشهرة المملوءة والمستفيض نقلها تجبر ما هنالك من ضعف وقد قال الشهيد  
الثاني وصاحب الرياض يشكل هنا مع ضعف السند ان التالف غير محتمل كونه لهما بل من أحدهما  
خاصة لامتناع الاساعة هافكيف يقسم الدرهم بينهما مع انه مختص بأحدهما قطعاً وقال ان القول في اليمين  
كأمر من عدم تعرض الاصحاب له وقال في (الدروس) أن الاصحاب لم يذكروا بما هنا وفي التي قبلها

وباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وان تفاوتا فالأقل لصاحبه (متن)

وذكرهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا وجزا أن يكون ذلك اختياريا فان امتنعا فاليمين وفي (جامع المقاصد) أن ظاهر الرواية وكلام الاصحاب أن ذلك قهري وانه بغير يمين بل ربما امتنعت اليمين اذا صرح كل واحد بدم العلم بيمين حقه (قلت) لعل ما ذكره الاصحاب انما هو عند التضام والتداعي كما في المسئلة الاولى فالحكم فيهما حينئذ سواء فيجزي أنه لا بد من اليمين وتصح قسمة الدرهم بينهما لانها اتفقا على أن احدهما يمينه لصاحب الاثني واختلفا في الباقي المعين اذ كل منهما يدعيه انه درهمه فيقسم بينهما واما اذا طلب احكم الله سبحانه وتعالى عند الاشتباه عليهما وتصريح كل واحد بدم العلم بيمين حقه فالحكم القرعة وعلى هذا فلا اشكال وليس للتأمل مجال على انا نقول قد اتفقت كلمتهم في باب الشركة على الحكم بالاشاعة شرعا فيما اذا مزجا الدرهم أو الثياب أو الصوف أو الشعر ونحو ذلك مما هو قيمي وان كان غير مشاع واقعا ولذلك عرفوها بانها اجتماع اموال الملاك على سبيل الاشاعة مع أن اظهر أفرادها مزج الدرهم والاشترائك بها واحترز بقوله من غير تفریط عما لو فرط في الحفظ أو المزج فان الودعي يضمن التالف كما صرح به جماعة كالمصنف في التذكرة والمقصد والمحقق الثاني والشهيد الثاني وغيرهم فيضم اليهما ويقسمان من غير نقص وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتجه القرعة لانه يكون على تقدير الضمان لسكل واحد منهما نصف الدرهم الواحد فيكون النزاع والتعاسر في الاخذ من الضامن واخذ الباقي وأما ممتزج الاجزاء كالدهن والحنطة والشعير فاذا كان لاحدهما قفيزان مثلا والآخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفریط فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث والآخر ثلثا قفيز كما صرح به في التذكرة والدروس والتفريح مما بخلاف الدرهم لانه مختص بأحدهما ويحتمل أن يكون الحكم فيه ما تقدم - قوله - وباع الثوبان مع الاشتباه معا أن لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وأن تفاوتا فالأقل لصاحبه ونحوه ما ذكره في التذكرة غير انه لم يقيد فيها بيعهما معا بعدم امكان الانفراد ويظهر ما في الكتاب انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع (وحاصله) انهما أن بيعا مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد بان يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يغير احدهما صاحبه صارا كالمال المشترك شركة احبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه ينزل الرواية وأن امكن بيعهما منفردين وجب فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوبون اختلفا فالأكثر لصاحب الاكثر والاقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم الغبن وان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا ويلزم على ما ذكره في التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الامرين من بيعهما معا أو منفردين اذ الحكم مختلف فتتحد العبارتان قال في (الدروس) لكن الرواية مطلقة في البيع ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لسكل منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين وقال في (جامع المقاصد) فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لا راد له وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه الا ان مخالفة النص وكلام الاصحاب مشكل (قلت) الرواية هي مارواه المشايخ الثلاثة عن اسحاق ابن عمار عن الصادق عليه

السلام انه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه وهذا ثوبه قال يباع الثوبان ويعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والاخر خمسي الثمن قال (قلت) فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت قال قد انصفه ويمكن عدها في الحسان اذا لوحظ السند بناء على الظنون الاجتهادية ويمكن عدها في الصباح اذا لوحظ طريق الشيخ في الفهرست الى الحسين بن ابي العالان الشيخ رواه معلقا عن الحسين بن ابي العال وقد عمل بها الشيخ في النهاية والقاضي فاحكي عنه والمحقق في كتابيه والمصنف في التحرير والارشاد والتبصرة والمختلف وفي (الدروس) أن عليها المعظم وفي (المسالك ومجمع البرهان) عمل بها المشهور وفي (ايضاح النافع وجامع المقاصد) نسبتته الى أكثر الاصحاب وفي (التنقيح) الى الشيخ واتباعه وقد نسب العمل بها الى الاصحاب في مطاوي جامع المقاصد مرتين وفي مضاربة جامع المقاصد انه محل وفاق لان الظاهر انهما اشتريا بما يساويان ويبيعا كذلك لان الظاهر عدم التغاين قيل ويكون الصلح قهريا ولا يتعدى الى غير موردها من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة ويحتمل التعددية لتساوي الطريق كما ذكرها جماعة واستقرب الشهيد وغيره القرعة في غير مورد النص لعموم ادلتها وسلامتها مما يصلح للمعارضة وعلى ما ذكرناه في توجيه كلام القوم لا يتجه ما نبه عليه الشهيد وذكره المحقق الثاني من أن مورد الرواية ما تساوت فيه القيمتان الى آخر ما حكيناه عن جامع المقاصد لانه اذا كان موردها كذلك عند الاتباع والبيع الثاني كيف يصح القسمة اخماسا بل يجب أن تكون بالسوية وقوله في جامع المقاصد يبقى ما اذا تفاوتت خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذا اراد له فيه اذ لا وجه لوجوب البيع مجتمعين اذا تفاوتوا ولم يمكن الافراد من دون رضاها خصوصا مع تعلق غرضها بالاتفاق بهما للكسوة أو القنية والمفروض انه لا نص حتى نعمل به تعديا كما عمل به المشهور كما انه لا وجه ليعيها منفردين اذا امكن تساويا أو تفاوتوا اذ عند التساوي يعطى لكل ثوبا فان تعاسرا اقرع وعند التفاوت فالذي يقتضيه عقد الماش غالبا أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والاخر لصاحب العشرين (والحاصل) أن اجبارها على البيع مجتمعين أو يعيها منفردين اذا خرجنا عن الخبر فيه أعظم ضرر منفي بالخبر ولا يرد ذلك على الخبر لمكان اعتباره وعمل الأكثر به فنخرج به عن القواعد وتقتصر به على مورده ولا تصنع الى ما في التنقيح وايضاح النافع من الاشكالات التي اوردت على الخبر حتى اختارا حمله على امتزاج المال قبل الشراء أو على الاستحباب ولا لقوله في السرائر بناء على اصله أن استعملت القرعة في ذلك كان أولى لانها حجة ودليل عند عدم النص وقد وجد قويا أو حسنا مشهورا رواية وفتوى وقد وقع في المختلف في رد كلام ابن ادريس انهما اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال كما في الطعامين لو امتزجا وهذا مسلم اذا كانت الشركة في الثمن اما اذا كانت في السلعة فممنوع والالزم انه لو اشترى رجل كرا من طامام بمائه وآخر كرا بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا باختيار أو بدونه أن يقسم الثمن اثلاثا على نسبة المائتين وفي (التنقيح) أن ذلك قول باطل لم يقل به قائل ووقع في الرياض في رد كلام المصنف انه اجتهاد في مقابلة النص المعبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التي غايتها ايراث المظنة خاصة في نحو المسئلة التي هي من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليها الادلة (وفيه) انه يقول أني عامل بالنص في صورة مورده وهو يعيها مجتمعين ولا يصح تنزيهه على خلاف ذلك لعدم الفائدة فيه وعلى ما تقدم عن الشهيد والكركي



ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائه فالاقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان أعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يعادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل (متن)

يقول اني عامل به في صورة ما يظهر أو يلوح منه وهو التساوي فليس هناك اجتهاد في مقابلته والموضوعات في غير الفاظ العبادات يكتمى بها بالمظنة مطلقا كما حرر في محله ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائة فالاقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء ﴾ كما في التذكرة والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وجمله في الشرائع وجها مأخذه جواز بيع ماء الشرب ولم يقيده في اللمعة بالضبط لكنه مراد له والمراد ضبطه بمدة معلومة ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائما أو بالسقي بالماء اجمع دائما وان جهل السقي لم تبعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في الباب ويصح ايضا جملة أي السقي موردا للصلح وعوضه امر آخر من عين أو منفعة عكس ما في الكتاب وكذا لو كان احد السقيين عوضا والآخر موردا والمخالف الشيخ في المبسوط قال اذا اقر له بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقي ارضه من نهر المقر أو قناته في وقت معين لم يجز ذلك لان المعقود عليه الماء وهو غير معلوم المقدار مع انه قد جوز بعد ذلك بلا فاصلة بيع جزء مشاع منه وجمله عوضا للصلح وجوز ايضا بيع ماء العين والبئر ومن احتمال تخصيص منعه هنا بغير المضبوط كما في الروضة فلعله لم يلحظ قوله في وقت معين وهذه المسئلة ليست من مسائل التنازع ويبقى الكلام في المشبه به فان الماء الجاري من نهر أو عين يجوز بيعه على الدوام والا فالاشهر منعه لجهالته ولانه يزيد شيئا فشيئا وان كان راكدا جاز بيعه جزافا وكيلا ووزنا فالتشبيه ببيع الماء لا يجدي فيما نحن فيه فتأمل ولعله لذلك ترك في اللمعة وغيرها ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية ولا فرق بين جملة له عوضا وموردا ويحصل العلم بالموضع الذي يجري الماء منه بتقدير مجراه طولاً وعرضاً لترفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره مطلقا باي عرض وطول اتفق (والحاصل) أن الصلح في هذا الفرض إنما يقع على مرور ماء غيره في ملكه اما على سطحه اذا كان الماء غالباً على داره أو ساحته فلا بد من تقدير المر من السطح والساحة طولاً وعرضاً ولا يحتاج الى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه الا بكثرة الماء وقتله ولعله لهذا اطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلفت أيضا بكم ما يقع عليه وصفه فمعرفة تحصل بمعرفة محله كما تقدم بيان ذلك كله ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكما لتوقف الحق عليهما وليس على المصالح مساعدته ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان أعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يعادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل

برقبته ولا آخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد والراكب أولى من قابض اللجام على رأي ( متن )

برقبته ولا آخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد ﴿ قد جزم في التذكرة والتحرير بعدم رجوع العبد على السيد وفي ( جامع المقاصد ) انه الاصح لأن العتق لم يصادف في ملك السيد سوى الرقبة فلا يؤثر الا في ملكها فزياله ومنافعه لم تتلف بالعتق لانه اعتقه بعد ان ملك منفعته للغير فلم يرجع بشيء ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد ولا آخر بخدمته فاعتقه الموصى له بالرقبة فانه لا يرجع على تركة الموصي بعوض الخدمة قطعا لمثل ما ذكر ومثل ما لو أعتق مقطوع اليدين والامة المزوجة بحرقانها لا يرجعان عليه بشيء وقال الشافعي يرجع على سيده مستندا الى ما ذكره المصنف ( وفيه ) ان اقتضاء زوال العتق الملك عن المنفعة انما يكون لو كانت المنفعة مملوكة أما اذا كانت مملوكة للغير فلا اذا اعتاقه لا يقتضي زوال ما ليس بموجود وضبط الخدمة بالعمل كبناء بيت معين وبالزمان كسنة مثلا - قوله ﴿ والراكب أولى من قابض اللجام على رأي ﴾ موافق للمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والمعة وقد حكم بذلك اكثر هؤلاء والمصنف في باب القضاء أيضا من دون تردد لأن الراكب كما في المبسوط اقواهما يدا وأكثرهما تصرفا وفي ( الخلاف والسرائر ) انها بينهما نصفين وفي ( المبسوط ) انه أحوط وفي ( جامع المقاصد ) أنه اصح وفي ( المسالك ) أقوى وفي ( الروضة ) قوي وقال في ( جامع المقاصد ) لكن لا بد أن يحلف كل منهما لصاحبه ولا ترجيح في الدروس وفي ( غاية المراد ) لا شك أن كلا منهما مدع بتفسيرات المدعي ومنكر أيضا بها ولكل يد الا أن يد الراكب تضاف الى تصرفه فان ثبت ان التصرف له مدخل في الرجحان رجح به وأما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في ثوب بيد أحد المدعين اكثره وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني ( قات ) قد استدلوا في السقف لكونه للاعلى بأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ذكر ذلك في المسالك وأوضح من ذلك كلامهم في الفرفة كما ستسمعه قريبا على انه ( قديقال ) ان كون قبض اللجام تصرفا مع الركوب غير معلوم وكثير ما يقبض أحد للجام دابة ركبها صاحبها والعكس قليل ولعل هذا هو الفارق بينها وبين الثوب المذكور كما يأتي على أنه قال في ( جامع المقاصد ) في السقف ان الأعلى متصرف دون الاسفل ولا ريب أن صاحب الاسفل لشدة احتياجه الى السقف أكثر تصرفا من قابض اللجام فيما نحن فيه ولا سيما اذا انضم الى ذلك بعض القرائن كالسرج المناسب للراكب ونحوه ولا يدفعه ما قاله في الدروس من انه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدواب والمتشبهت معتادا ان سلناه له والا فالمانع منه مع ترجيحهم في أمثال هذه المقامات بالعرف والعادات بل يمكن اعتبار مثل كون هذه الدابة يعلم عادة كونها للراكب لا للقابض وبالعكس وذلك كله مع عدم ظهور تقدم تصرف من أحدها وفي ( جامع المقاصد والمسالك والروضة ) أن اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه ( وفيه ) أن الحكم غير واضح لانه يبعد أن تكون الدابة لرجل واللجام لآخر وخصوصا اذا كان المقبوض جبلا مشدودا على رأس اللجام وكذلك الحال في السرج والرجل فتأمل وتام الكلام في باب القضاء ﴿ قوله ﴿

وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ويتساويان في الثوب في أيديهما وان كان في يد أحدهما  
أكثره وفي العبد وان كان لاحدهما عليه ثياب والأسفل أولى من مدعي العرفة بسبب فتح  
الباب اليه ومع التصرف اشكال (متن) .

﴿ وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط وبهذه العبارة ومثلها من دون  
تعرض ليكون الآخر قابضا لزماتها ولا لكونه غير قابض صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف  
والشهبان والكركي وغيرهم وستسمع ما في الروضة لان وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء  
فيترجح صاحبه ولعل المراد أن لكل واحد منهما مع ذلك يدا بأن كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك  
ليحصل الترجيح وبذلك قيد في الروضة عبارة اللمعة أو يكون المراد أن لاحدهما حملا ولا يد للآخر  
وهذا يناسب في الخلاف عنه في المبسوط والمناسب من جهة المعادلة للسئلة الأولى أن يكون المراد  
أن أحدهما قابض بزمامه وللآخر عليه حمل وهو الظاهر من الدروس لانه يظهر منه المساواة في الحكم  
في باب القضاء بينه وبين راكب الدابة مع القابض بالجمام ولا بس الثوب مع ما سكه وهذا الاحتمال  
هو الذي فهمه في جامع المقاصد من العبارة وجزم به وقال ان كلام الدروس ليس بشي ولعل وجهه  
ان الركوب أسهل تعلقا من الحمل وأنت خبير بأن هذا التفاوت اليسير ان كان لا يجدي في الترجيح  
فيجزي فيه الخلاف كما بيناه في باب القضاء وفي قضاء الكتاب ان الراكب أولى بالحمل من صاحب  
الدابة ولم يتضح وجهه ولم نجد فيه نصا لاحد من أصحابنا قوله ﴿ ويتساويان في الثوب  
في أيديهما وان كان في يد أحدهما أكثره ﴾ بان كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر  
فانه يحمل بينهما نصفين بلا خلاف كما في المبسوط والبتة كما في الدروس وبه صرح في الشرائع والتذكرة  
والتحريم واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لا شرا كهما في اليد ولا ترجيح لقوتها والتصريف  
هنا وان اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد بخلاف الركوب وقبض الجمام قيل نعم لو كان ممسكا  
والآخر لا بسا فكسئلة الراكب والقابض لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة وربما قيل بتقديم  
الملابس لان الظاهر انه لم يتمكن من لبسه الا وهو غالب مستقل باليد وهو قوي جدا وفي (التذكرة)  
ان كل ذلك مع عدم اليقينة واليمين قوله ﴿ وفي العبد وان كان لاحدهما عليه ثبات ﴾ بلا خلاف  
كما في المبسوط وبه صرح في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقضاء الكتاب وكشف  
اللتام لانه قد يلبس الثياب بغير اذن وبمجرد القول أو عارية ولان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى  
صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فان صاحبه المنتفع به ولان الحمل لا يجوز ان يحمله على الجمل الا بحق  
ويجوز ان يجبر العبد على لبس قميص غير ملكه اذا كان عربانا وبذله قوله ﴿ والأسفل  
أولى من مدعي العرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال ﴾ أطلق الحكم بأنها للأسفل في  
المبسوط والشرائع والتذكرة والتحريم والارشاد والدروس واللمعة من دون تعرض لما اذا كان من اليه  
الباب . تصرفا أو غير متصرف بل في المبسوط نفي الخلاف عن الحكم بها لمن هي في داره وانه  
لا اعتبار بالجار ووجوهه بأنه كذا موضوعة في ملكه وهو هواه لانه ملكه لانه تابع للقرار وبمجرد فتح  
الباب الى الغير لا يفيد اليد والمصنف استشكل فيما اذا كان من اليه الباب متصرفا فيها بسكنى  
وغيرها لان يده عليها بالذات لاقتضاء التصرف له ويد مالك الهواء بالتبعية والذاتية أقوى والتبعية

إذا صلح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين باذنه كان توكيلاً والا تبرعاً في القضاء وإن كان عن عين باذنه فكلاً ول وبغير اذنه اقتداء للمنكر وإبراء من الدعوى ويرجع بما أدى إن صلح باذنه ولو صلح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح ديناً كانت الدعوى أو عيناً (متن)

لضعفها إنما ثبتت مع عدم ثبوت أخرى وتصرف بالفعل وفي (المسالك والروضات) أنه أقوى وفي (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة ومن ثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد ﴿ قوله ﴾ إذا صلح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين باذنه كان توكيلاً والا تبرعاً في القضاء وإن كان عن عين باذنه فكلاً ول وبغير اذنه اقتداء للمنكر وإبراء من الدعوى ويرجع بما أدى إن صلح باذنه ﴿ قصد بكلامه الأخير التعريض بكلام الشيخ في المبسوط حيث قال أنه يرجع إن أدى المال بالأذن سواء صلح باذنه أم لا (وفيه) أنه إذا صلح بغير إذن صار المال في ذمة المصلح وبرأ من عليه الحق فكيف يرجع عليه بشيء إذا أدى باذنه وقال في (الدروس) إلا إن تقول إن الصلح موقوف على رضی المدعى عليه والأقرب أنه إن صلح ليوذي هو فلا عبرة بالأذن وكذا لو صلح مطلقاً على احتمال وإن صلح ليوذي المدعى عليه توقف على إجازته واستشكل في التحرير وكذا لا يرجع عليه إن كان إذن له في الصلح ولم يأذن له في وزن المال ودفعه فدفع لأن الإذن في الصلح ليس إذناً في دفع المال والاقتداء للمنكر والإبراء له من الدعوى بمعنى لأن اقتدائه بالصلح من الخصومة إبراء له من الدعوى ﴿ قوله ﴾ ولو صلح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح ديناً كانت الدعوى أو عيناً ﴿ ولا فرق بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أولاً ولا بين أن يكون الأجنبي المصلح عالمًا بثبوت الحق في ذمة المدعى عليه أولاً كما هو قضية إطلاق المبسوط والدروس وخالف في الأخير في التذكرة والتحرير قال في الأخير فإن لم يعترف أي الأجنبي بصحة دعواه فالوجه عدم الجواز وصرح في التذكرة بأن جواز الدعوى من المصلح مشروطة بعلم صدق مدعى المصلح فإن لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته وقال عليه في (جامع المقاصد) ولقائل أن يقول اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح فإن الوارث يدعي بخط مورثه والوكيل يدعي عن موكله وقد لا يعلمان الاستحقاق وكذا الموكل قد يدعي بخط وكيله وبحو ذلك فيدعي عليه إن ما زید عنده صار مستحقاً له بالصلح ويطلب منه اليمين مع الإنكار وعدم البينة ولا يضر عدم إمكان الرد أو القضاء بالنكول كما في الوارث والقيم على الطفل وكذا لقائل (إن يقول) لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فإن ذلك حق ويجوز الصلح على كل حق لكن يرد عليه أنه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه (ويجيب) بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فإن ثبت الحق أخذه والا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين وبالجملة فيقوم مقام المدعي ولا بعد في ذلك ويعتفر في الصلح مالا يعتفر في غيره انتهى (قلت) ويجيب بأن القائل بأنه لا بد من الجزم في الدعوى لا يستثنى منها إلا ما إذا كانت له بينة عادلة أو أقر المدعي عليه ثم انكر فإنه حينئذ تصح له الدعوى من دون الجزم لأن كان هذا علمين شرعيين أرسى الشارع قواعد شرعه عليهما واستثنى جماعة السماع في القتل والسرقه فجوزوها بلفظ الظن وتقول بأنه لا يجوز للوارث والوكيل والموكل الدعوى إلا إذا علموا والا فهو كذب وتدياس من دون ضرورة ولا تورية

ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن العطف وان لم يأذن الحاكم (متن)

ودليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول واليمين فلا بد من العلم ليأخذ وليستحلف نعم للوكيل أن يدعي عن موكله كأن يقول ان موكلي يقول ان له عند فلان كذا ولا نسلم انه يصح على استحقاق الدعوى لانه يحتمل صدقها وكذبها ولا يجوز الصلح على ما يحتمل انه خرب بل على ما يظن انه خمر وهنا كذلك والكبرى ممنوعة بل نقول ان كل حق معلوم يصح الصلح عليه ومنه يتطرق المنع الى الصغرى كأن نقول الدعوى ان كانت صدقا كانت حقا وقضية كلامه أنه يصح الصلح على الانكار وليس كذلك بل وقد تقدم لنا عند شرح قوله وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ماله نفع تام في المقام وأما اذا كان المدعى عليه مقرا فلا خلاف في صحة صلح الاجنبي لنفسه على كل حال فان تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث وان لم يتمكن ففي (المبسوط) ان كانت عينا والغريم معترف وعجز عن انتزاعها تخير بين فسخ الصلح والاقامة وحكاه عنه في التحرير ساكتا عليه وأطلق في الدروس ان له الفسخ من دون فرق بين العين والدين واحتمل في جامع المقاصد عدم ثبوت الفسخ في واحد من العوضين لان الصلح عقد مستقل بنفسه وليس مبنيا على المكايسة والمغاينة ولهذا يصح مع الجمالة وعلى مالا يمسد مالا فيجب التمسك بعموم أوفوا بالعقود الا أن يدل دليل على خلافه وهو الاشبه  قوله  ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن العطف وان لم يأذن الحاكم  يريد أن له قطعها ولا يتوقف جواز ذلك على مطالبة المالك وامتناعه كما هو خيرة التحرير والارتداد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ونفى عنه البعد في الكفاية وكأنه ميل اليه في المسالك لان ازالة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ولو توقف على اذن المالك كان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم اذ لا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير اذنه أو اذن من يقوم مقامه مع التمسك فكان كإخراج دابة الغير عن ملكه لا يتوقف على اذن مالك ولا حاكم مع ان الدابة يحتمل تلفها مصافا الى أن الاصل عدم وحب ابقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي والاصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك ولزوم التصرف في مال الغير بغير ضرورة يعارضه ان للمالك التصرف في ملكه كيف شاء وان حصل الضرر على الجار وقد (قال عليه السلام) ليس لعرق ظالم حق فلا فرق حيثئذ بين ما اذا أمكن اعلام المالك سهولة أم لا ولا بين كون الموضوع مشتركا بينهما أم لا وقضية كلام المبسوط والشرائح والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفاية انه يتوقف حواز الازالة على مطالبة المالك وامتناعه بل هو صريح بعضها ان لم يكن صريح الجميع وقد ذكروا مثل ذلك في باب الديات لما تقدم وفيه ما عرفت وهل يجب على الجار الازالة لو طالبه ذواهواء بها أم لا (الاول) صريح المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو ظاهر الشرائع فيجب مع الامتناع ولا دليل لهم يعول عليه الا الاستئناس له بما اذا مال حائظه الى التارح أو ملك الغير فانهم أوجبوا عليه الازالة مع التمكن وقالوا ان لم يفعل ضمن ولم يشترطوا في ذلك المطالبة الا الشيخ فانه اشترط في الضمان المطالبة والشهاد ولعله لاحتمال الغفلة بدونهما مع الاصل والظاهر وحوود الفرق ولذلك يوجبون عليه هدمه وان لم يطالبه أحد ولم يخلفوا هناك في وجوب الازالة واختلفوا هما فليتأمل (والثاني) خيرة التذكرة حيث قال لا يجبر لانه من غير فمسه وهو يدل على عدم الوجوب ويشهد له الاصل والمسئلة سيالة وهي هل يجب على الاسان تفريغ أرض

﴿ في فروع الصلح ﴾

فان صالحه على الابقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة وانتهائها والمدة وكذا على الابقاء في الهواء على الاقوى وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل الى هوا غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ويصح الصلح عن الجهول دينا كان او عينا اذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشمير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح الا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وان لم يجز بيعه كدم العمدة وسكنى الدار ( متن )

الغير من ماله اذا لم يكن ذلك بفعله أو لا يجب عليه ولا يجاطب به واما يكون الحكم متعلقا بصاحب الارض كما مر ولعلنا نحزم بأنه يجب عليه اخراج الدابة التي يجب حفظها وأما انه لا يتوقف على اذن الحاكم فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة وغيرها ووجهه بمد معرفة ما تقدم ظاهر وهل يضمن المالك أجرة هوا الغير لومضت مدة طويلة ففي حامع المقاصد انه لاشبهة في الضمان مع تفریطه ولو قطعها مع امكان العطف ضمن بلا خلاف أجده ( وقال الشهيد ) ان ليس له ايقاد النار لتحترق واعلم لانه يجب عليه ملاحظة الاسهل وما لا ضرر فيه ثم الضرر اليسير فهما أمكن العطف لا يقطع واذا لم يمكن يقطع ولا توقد النار تحته لانه أشد ضررا وخروج أغصان شجرة الحار اليه اما أن يكون الى داره المختصة به أو المشتركة بينهما أو الى جداره كذلك أو الى هوائه كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان صالحه على الابقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها والمدة ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها وقد يظهر من التذكرة أن لا يخالف فيه من الخاصة والعامة وفي ( المبسوط ) جواره على ابقائه على الجدار اذا كان الغصن يابساً وقال ان كان رطبا يزيد فالصلح باطل لانه مجهول فانه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره والجماعة قالوا ان زيادته وانتهائها تعرفان نظن أهل الخبرة ملاحظة ( وقد يقال ) ان الجمالة في المماض عنه لاتمنع الصحة لكونها لاتمنع التسليم بخلاف العوض والحاجة تدعو الى الصلح لكثرة في الاملاك المتقاربة وفي القطع اتلاف وضرر ( وكيف كان ) فلو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الاصل لما تعدى الى المالك قبل الصلح ويمكن أن يعنى عن هذه الرادة المتجددة كالاولاد والحادثة للمستأجر للغرفة والسمن الحادث لمستأجر الدابة وقالوا لا بد مع ذلك من تقدير مدة الاقواء فلا يجوز مؤبدا ( قلت ) لانه هنا يفيد فائدة الاجارة وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال على ما ذكره الجماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا على الابقاء في الهواء على الاقوى ﴾ كما هو خيرة الدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا خلافاً للشافعية وفي ( الشرائع ) لا يصح على تردد وقال في ( المبسوط ) اذا لم يكن الغصن معتمدا على بناء صاحب الدار لم يجز لانه بيع الهواء منفردا بناء على أصله السابق من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على ابقائه في الهواء وعلى الجدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل الى هوا غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ﴾ الوجه في ذلك كله يعرف مما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح عن الجهول دينا كان او عينا اذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشمير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح الا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وان لم يجز بيعه كدم العمدة وسكنى الدار ﴾

ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع إلى القصاص ولو صالح عن القصاص بحر يلمان حرته أو بعبد يلمان الاستحقاق ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة أو عن حد القذف (متن)

قد تقدم الكلام في هذه المسائل كلها مسبقاً في أول الباب ﴿ قوله ﴾ ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع إلى القصاص ﴿ كما في الدروس وجامع المقاصد وهو الأصح لانه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص لان سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح والباطل لا يترتب عليه أثره وفي (التذكرة) انه ينتقل إلى القيمة ولعله يريد إلى قيمة العبد لو ظهر مستحقاً بقيمة الحر لو كان عبداً لتضمن الصلح اسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل إلى قيمته وعن خط المصنف وأبي حنيفة انه ان ظهر العبد مستحقاً انتقل إلى قيمة العبد وان ظهر حراً رجع إلى الدية واحتمل الرجوع إلى الدية فيهما لان المقدر بالتراضي قد فات فيرجع إلى المقدر الشرعي ﴿ قوله ﴾ ولو صالح عن القصاص بحر يلمان حرته أو بعبد يلمان الاستحقاق ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر ﴿ وكذلك الايضاح لا ترجيح فيه وفي (التذكرة والحواشي) أن الأقرب بقاء القصاص وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه الأصح لان الصلح باطل فلا يترتب عليه أثره وجزم في التحريم بالانتقال إلى الدية لتضمنه الرضا باسقاط القصاص على عوض فاذا فات انتقل إلى المقدر الشرعي دون القيمة لعدم ارادتها لعلها بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف تراد قيمته واحتمل في جامع المقاصد السقوط لا إلى بدل لان التراضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون ابرأ منهما ضعيفان لان الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضا واردة المجاز غير معلومة هذا وفي (الايضاح) انه ان وقع الاتفاق على انه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجاناً ويأتي لهم في باب الوكالة انه لو قال له صالح عن الدم الذي استحقه بخمر ففعل حصل العفو وقد صرح بذلك جماعة ووجهه بأنه يصح التوكيل في العقد الفاسد مع انهم قدمناه وقد أسبقنا الكلام في ذلك في باب الوكالة ﴿ قوله ﴾ ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصالح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة ﴿ كما في التذكرة والتحرير والدروس لانه من اب تحريم الحلال وتحليل الحرام أما الزوجة فان كانت زوجته في الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك فلا يصح الصلح والا فان كانت محرمة عليه فالامر ظاهر والا فان أرادت بذل نفسها لا يصح بغير عقد النكاح ومثله مالو صالحته ليقر لها بالزوجة ولو صالحته عن دعوى الزوجة ليكف عنها ففي (التذكرة) أن الأقرب الجواز وأما الشاهد فلان المشهود به ان كان حقاً لا دمي كالدين أو لله سبحانه وتعالى كالزكاة والشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة وان كان كذباً لم يجز له أخذ العوض أيضاً على تركه كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر وكذلك لو صالحه ليشهد له ومالو صالحه على أن لا يشهد عليه زوراً لان ترك ذلك واجب عليه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا يفضبه ماله ﴿ قوله ﴾ (أو عن حد القذف) أي لا يصح الصلح كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لانه ليس من الحقوق المالية ولا من توابعها وإنما شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن

لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة فان فقدت فلن اتصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ولو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما ولا طرح لاحدهما ولا غيره فن حلف فهو (متن)

يعاوض عن عرضه وفي (جامع المقاصد) انه لو صالح عنه لم يسقط الحد لان الباطل لا اثر له قال وهو مقرب التذكرة والموجود فيما عندنا من نسخها ان الاقرب سقوط الحد ولعله لانه في حكم الضم فتأمل

﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة ﴾ اذا تداعيا جدارا مطلقا بمعنى انه غير مقيد بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعاً كاتصاله ببناء أحدهما وما في حكمه مما سيأتي فهو في ايديهما مستوية نسبتة اليهما فيحكم به لذي البينة منهما فان فقدت فن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له فان حلفا أو نكلا قضينا به بينهما كما صرح بذلك كله في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه وهو واضح ويبقى الكلام في الجدار في عبارة الكتاب فان كان المراد به المنفصل المحلول عنهما فكان الأولى ان تذكر معه تمام احكامه ولا معنى لذكره بعد ذلك بقوله او محلولا عنهما وكذلك ان اراد به المتصل بهما معاً وان اراد به المنفصل عنهما والمتصل بأحدهما خاصة كما يشهد له قوله فان فقدت فلن اتصل به بناؤه فلا معنى لقوله فهو في ايديهما لان اليد في الاخير للمتصل به بناؤه خاصة ويقضي هذا ايضا ان الحكم لبينته مع انه داخل والمشهور ان البينة انما تعتبر من الخارج وان اراد جميع هذه الصور ورد عليه جميع ما ذكرنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فقدت فلن اتصل به بناؤه مع اليمين ﴾ كما طفحت به عباراتهم والمراد بالاتصال ان يكون اتصال توصيف وهو تداخل الاحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد ذلك كما صرح به جماعة والوجه فيه وفي الحكم واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو لمن جذعه عليه على رأي ﴾ يخالف للخلاف والمبسوط حيث حكم فيهما بأنه لا يحكم بالمخاطب من الجذوع له بل يكون بينهما نصفين موافق للسراير والشرايع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة لان وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خاليا فأشبه الحمل على الدابة والزرع في الارض (وحاصل) ما استدلل به في الخلاف والمبسوط ما ذكره في الدروس من أن في كون الجدار سورا للدارين دلالة ظاهره على أنه في ايديهما ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الامتعة وفيه ما عرفت ولا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كما في التذكرة وفرق الكوفي بين الجذع والجذعين وظن في الايضاح أن الرأي اشارة الى قول الشيخ في المبسوط بأن القول بالقرعة في هذه المسائل قوي قال في (جامع المقاصد) وليس مجيد لان من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها بالقرعة ما اذا اتصل به بناؤه أو عقده أو قبته والمصنف جعل الرأي في الجذع قسطا فحيت قدمه على البواقي لا يكون اشارة الى قول الشيخ هذا (قلت) الشيخ في المبسوط والخلاف لم يتعرض في مسألة الجذع للقرعة أصلا فما في الايضاح وجامع المقاصد عنه غير صحيح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ﴾ أي يحكم ان كان له عليه بناء أو عقد أو قبته مع اليمين لصيرورته بجميع ذلك ذائد فعليه اليمين مع فقد البينة ولو كان لاحدهما واحدة من المرجحات ومع الآخر الباقية تساويا اذ لا أثر لزيادة اليد

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما ولا طرح لاحدهما ولا غيره فن حلف فهو



له مع نكول صاحبه فان حلفا او نكلا قضي لهما به ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب  
ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالروازن والشبايك وفي رواية يرجح في الخص  
بما قد قطه (متن)

له مع نكول صاحبه فان حلفا او نكلا قضي لهما به كما صرحت بذلك عباراتهم وقد تقدم قوله  
ولا ترجيح بالدواخل والمحاريب ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالروازن والشبايك  
كما صرحوا به بدون خلاف اصلا لا مكان احدائها من جهة واضعها من غير شعور الآخر والمراد  
بالخوارج ما خرج عن وجه الحائط من نقش بالجص والآجر او تد اورف او نحو ذلك قوله  
وفي رواية يرجح في الخص بما قد قطه هو ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم صحيحا عن  
أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن خص بين دارين فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب  
الدار التي من قبله بما قد القط وبطل الخص بالخطيرة في الكافي والفقهاء وفي (التهذيب والكافي) مكان  
فذكر لفظ فزعم وما رواه في الفقيه عن عمر بن شمر عن جابر عن ابي جعفر عليه السلام عن علي عليه  
السلام انه قضى في رجلين اختصما في خص فقال ان الخص للذي اليه القمط ويدل عليه احوال رواية  
عامة صريحة بذلك مروية في الخلاف والغنية والندوة بل في الأول ان الخبر مجمع عليه لا يدفعه احد  
سلمنا لكن الشهرة تجبره وتجبر الخبر النامي فقد حكي عليه الشهرة الشهيدان في الدروس في موضعين  
والمسالك والروضة والمقداد والمحقق الثاني في تعليق النافع والمقدس الاردبيلي بل ظاهر التذكرة والمسالك  
ايضا الاجماع عليه وهو صريح الغنية والسرائر وفي (المبسوط) نسبته الى رواية اصحابنا والمخالف والمنازل  
الشيخ في المبسوط والمحقق في قضاء النافع ونحو الاسلام والصيمري وابو العباس في المذهب البارع  
والمقنصر وقد نسب الاخير فيهما الخلاف الى المتأخرين كافة وهو غريب لان اساطينهم كأبن ادريس  
والمحقق في الشرع والمصنف والشهيد ممن تقدم عليه عاملون بالخبر بن نعم لا ترجيح في التفتح وقد  
سمعت حكاية الشهرة في ستة كتب (وكيف كان) فلا وجه المناقشة في الخبرين من جهة السند ولا  
الدلالة حيث قيل في قضاء النافع وغيره ان في عمر ضعفا وانهما قضية في واقعة فلا يتعدى الى غيرها  
(وفيه) ان الصحيح تصم السؤال وبعد ان يكون ما اشتغل عليه من قضايا الاعيان الا ان يدعى انه  
عليه السلام عرفها واجرى الحكم بمقتضى ما علم لكن ظاهر السؤال لمولانا الصادق عليه السلام وجهه  
بعده بقل قضاء امر المؤمنين عليه السلام في واقعة يقضيان بالعمم لكل واقعة والا اكل السؤال  
مسكوتا عن جوابه وفيه تأخير للبيان عن وقت الحاجة نعم لا ريب انهما مخالفان لاصول المذهب ويمكن  
تخصيصها بهما لمكان التكافؤ وقد يعمل بهما فيما اذا اقتضت العادة كون وقوع وجه التماس الى جانب  
قرينة على ملكية الخص لكن النص والفتوى مطلقان وقد يوافقان الاعتبار والصحيح من الاصل ان  
الظاهر ان من كانت اليه الماقد وقف في ملكه وعمد نعم قد تقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من  
الخص دون غيره وان حصلت فيه نحو ما قد القط وسهدت العادة يكون ذلك قرينة على الملكية اذ  
أقصى ذلك الظهور ولا يخصص به الاصول بل ترجح هي عليه حيث لا يقوم على ذلك دليل كما قد  
فيما نحن فيه أعني الخص وقال في النهاية قالوا القمط هو الجبل والخص المن الذي يكون في السواد

ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس ويحكم لصاحب السفلى بمجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بمجدران الغرفة أما السقف فان لم يمكن احداهما بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لا اتصاله بيناته على الترسيف وان كان بحيث يمكن احداهما كجذع يتقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفلى واختصاص الاول والثاني ( متن )

بين الدور ويستفاد من الفقيه أيضا أن الحص هو الحائط من القصب بين الدارين وهو الاوفق بالص والفتوى وفي (النهاية الاثرية) نقلا عن الهروي ومجمع البحرين ان الحص البيت الذي يعمل من القصب وهو الموافق للعرف وقد نص انه بالضم والقمط بالكسر قوله ﴿ ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس ﴾ كما في الدروس والمراد بالاس مكان الاساس كما في الحواشي وجامع المقاصد ومعناه انهما اذا اختلفا في الاس والجدار فاقام احدهما بينته في الجدار ( بالجدار خ ل ) فهو ذويد في الاس وكذا الشجرة مع المغرس لان كون الجدار حائلا بين الملكين اشارة على اشتراك اليد ولا دلالة على اشتراك اليد في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت يده وان كان المراد به اي الاس الاساس المستتر من الحائط كان داخلا في شهادة البينة بكون الجدار له كما في المبسوط وجامع المقاصد فلما معنى لحصول اليد فيه بالبينة وقال الشهيد يمكن ذلك بان تشهد البينة بتملك ما ظهر لاما استتر انتهى فتدبر قوله ﴿ ويحكم لصاحب السفلى بمجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بمجدران الغرفة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الروضة) انه الاشهر لان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بهما لصاحب الجملة وان الظاهر ان وضع اليد على البيت وضع على جدرانه وكذلك الغرفة وعن ابي علي ان جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت بها الا كونه موضوعا على ملكه وفي (المخلف) لابس به وفي (المسالك) انه هول جيد والاول أجود واستشكل في التذكرة ولعله ليس في محله وكذلك الحال في سقف الغرفة يحكم به لصاحبها كما في التحرير واللمعة والروضة قوله ﴿ أما السقف فان لم يمكن احداهما بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لا اتصاله بيناته على الترسيف ﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر الاخيرين أنه ليس محل خلاف لان الازج بناء يعقد فوق الجدران بالحص والآجر ولا ريب أن هذا النوع من البناء انما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو لانه لا بد من اخراج بعض الاجزاء ونحوه عن سمة وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملا للعقد فيحصل الترسيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر وذلك دليل على انه لصاحب الأسفل فان اتصاله بيناته اقضى كون اليد له قوله ﴿ وان كان بحيث يمكن احداهما كجذع يتقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفلى واختصاص الاول والثاني ﴾ أي يحتمل

ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فان كان المرقى في صدر الخان  
تساويا في المسلك واختص الاسفل بالباقي (متن)

اختصاص الاول به وهو صاحب العلو ويحتل اختصاص الثاني به وهو صاحب السفلى وتفرغ الاحتمالات  
الثلاثة على اشتراكها غير صحيح قطعا وكيف كان فلاحتمال الاول خيرة المبسوط وقواء في الدروس قال في  
(المبسوط) ان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا كان بينهما نصفين  
والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرج سهمه حلف وحكم له به وقال في (الخلاف) يقرع بينهما فمن خرج  
اسمه حلف لصاحبه وحكم له به وأن قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزا فقد قال ايضا فيه بالتسوية  
وهو قضية القول بالقرعة كما هو خيرة اللمعة كما هو خيرة الخلاف في اول كلامه والمبسوط في آخره وقد  
استحسنه في الشرائع (وقد استدل عليه في الخلاف) باجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة وهذا  
من الامر المشتهر ويشكل بان مورد القرعة المجهول الذي لا يحتل اشتراكه بين المتقارعين بل هو  
حق لاحدهما مشتهر وهنا ليس كذلك لانه كما يجوز كونه لاحدهما يجوز كونه لهما معا لاستوائهما فيه  
كما اعترف هو به في السكتاين (والحاصل) أن القول بالقرعة ينافي القسمة التي جوزها في السكتاين  
ومعنى قولنا أن القول بالتسوية قضية القول بالقرعة انهما متساويان في اليد ولا ترجيح لاحدهما على  
الآخر والا فهو قول آخر كما في الشرائع وغيرها والاحتمال الثاني وهو اختصاص صاحب العلو به خيرة  
السرائر والارشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد وجمع البرهان وهو المحكي عن ابي علي وفي (التذكرة)  
لا بأس به وفي (الروضة) ليس بعيد لان الفرقة لا تتحقق بدونه والبيت يتحقق بدون السقف وهما  
متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف الآخر والاحتمال  
الثالث لم نجد قائلًا به منا وانما هو لابي حنيفة قال لان السقف على ملك صاحب السفلى فكان القول  
قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة احدهما (وفيه) انه قياس مع الفارق لان السرج لا ينتفع به غير  
صاحب الدابة ويده وحده عليه والسقف هنا ينتفعان به معا ووجهه في (الايضاح) بان الهواء تابع للسفل  
لانه متوقف عليه ولم يرجح فيه شيئا من الاقوال الاربعة ووجهه في (جامع المقاصد) بشدة احتياجه اليه  
وان الفرقة على البيت ولا تتحقق الا بعده والبيت لا يتم الا بالسقف وفيه أن اقصى ذلك انه الغالب  
ولم يثبت ما يقضي باليد لصاحب السفلى وصاحب العلو مختص باليد والتصرف ~~قوله~~ ولو  
تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فان كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك  
واختص الاسفل بالباقي كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ونحوه الشرائع والتحرير  
والارشاد قال في (الشرائع) ولو تداعيا الصحن قضى منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج عنه  
لصاحب السفلى وهو معنى ما في الكتاب ووجهه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف  
من الصحن في قدر المر كان له عليه يد دون باقي الصحن وصاحب السفلى يشاركه في التصرف  
وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة فذهب  
الى أن السفلى بينهما نصفين قال في (المبسوط) أن كانت الدرجة التي يرتقى منها الى علو الخان في صدر  
الصحن كان السفلى بينهما نصفين واحتمله في الدروس لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط

ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فمن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالمرصة باجمها للأسفل ويقضى بالدوجة لصاحب العلو (متن)

مستقيم ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلاً فله يذ على الجميع في الجملة وحزم في السعة بان الأعلى يختص بقدر ما يسلكه لسكونه من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة الصحن وهو الذي استظهره المولى الأردبيلي وصدر الخان نهايته في السعة وهو آخر خطته المقابلة للباب ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فمن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل ﴾ قد صرح بالحكم المذكور فيما إذا كان في الدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وأما إذا كان في أول الباب ففي جامع المقاصد أن الاشتراك لا يتأتى إذ المرقى في أول الباب ويمكن أن يقال لا بد من الباب والصعود في المرقى فالاشتراك إلى أول المرقى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالمرصة باجمها للأسفل ﴾ ولا تعلق لصاحب العلو بها بحال كما في التذكرة والدروس والمسالك والروضة لأنه لا يدل على شيء منها إلا أن تقول في السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع ويؤيده أن المرصعة بمجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل فليأمل ﴿ قوله ﴾

﴿ ويقضى بالدرجة لصاحب العلو ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والعمدة وجامع المقاصد وجمع البرهان والدروس والمسالك والروضة لأنها لا تنفاه والضرورة ماسة به إليها ولا كذلك صاحب السفلى والعقل يحكم بان الأمر الذي هو ضروري لشخص دون آخر يختص بصاحب الضرورة وقيد الحكم في الثلاثة الأخيرة بما إذا اختلفا في الخزانة قالوا أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى كانت كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل أي فعلى تقدير القول ثمة بان السقف لصاحب الغرفة فانه يحكم هنا بالدرجة للأعلى مطلقاً سواء اختلفا في الخزانة أم اتفقا على أنها للأسفل وعلى القول بالاشتراك في السقف فانه هنا مع الاتفاق على الخزانة للأسفل تكون الدرجة مشتركة بينهما كالسقف ثمة أما مع الاختلاف فيها أي الخزانة فالحكم فيها أنها للأعلى وانت خبير بان الجماعة اطلقوا بل اطلاق المبسوط كاد يلحق بالتصريح بعدم الفرق بين الاختلاف في الخزانة والاتفاق ثم انك قد عرفت أن جماعة قالوا في السقف بالقرعة كالشيد في العمدة والشيخ في أحد قوايه في الكتابين وجماعة قالوا فيه بالاشتراك وهذا لا يجامعان اختصاص العلو بالخزانة مطلقاً بل لا بد فيها من القرعة عند من ذهب إليها هناك كما انه لا بد من الحكم بالاشتراك كما قيل به هناك مع انهم اطلقوا هنا من دون تقادم عهد ولعله مبني على ما اشار إليه في المبسوط من شدة ندرة الاتفاق على أن الخزانة لصاحب السفلى قال في اثناء كلامه أن الدرجة لا يقصد بنائها إلا الصعود عليها ولا يقصد احد عمل خزانة بعقد درجة وتخالف السقف فانه يقصد بنائه ستر البيت دون عمل غرفة وقد يقصد به عمل غرفة دون ستر البيت فلذلك كان أي السقف بينهما انتهى لكنه يقضي بان الخزانة للأعلى ايضاً وهو مختاره فيه كما سنسمع أو مبني على أن الدرجة كالحائط أو السقف المتصل ببناء احدهما بناء ترصيف فيحكم بها للأعلى وان كانت خزانتها للأسفل وليست كالسقف الذي هو محل الخلاف أي الذي يمكن احداثه فليأمل نعم لا بد من التقييد في الدرجة بما إذا كانت معقودة فلو كانت دكة غير معقودة أو كانت سلماً في محل الصعود مربوطاً به أم لا فلا مجال للاختلاف فيها بل هما للأعلى قولاً واحداً على ما قد يفهم من التذكرة

ويتساويان في الخزانة تحتها كل ذلك مع اليمين والمستناة بين المالكين كالجدار (متن)

كما أن السلم الموضوع في غير محل الصعود ملك لصاحب السفلى إذا كان في ملكه ﴿ قوله ﴾  
 ﴿ ويتساويان في الخزانة تحتها ﴾ كما في الشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي  
 (الروضة) انه قوي لان لكل منهما شاهدا بالملك اذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو فيكون مكانه له  
 لان الهواء تابع له وكذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلى وفي (المبسوط) أن الأقوى هنا انها الأعلى  
 كما تقدم عنه ما يدل عليه وفي (الارشاد وجمع البرهان) انها الأسفل لاتصالها بملكه ووضع يده عليها  
 كسائر بيوته وحكم في اللمعة بالقرعة وفيه ما مر واحتمل في التذكرة فيها الاحتمالات الثلاثة الاشتراك  
 واختصاص كل منهما بها ولا فرق فيها بين الصغيرة والكبيرة كما في مجمع البرهان وهو قضية الاطلاق  
 ولا عبرة بوضع الأسفل آياته وكبرانه فيها كما في التذكرة والخزانة بالسكسر ككتابه قاله في القاموس  
 ﴿ قوله ﴾ - كل ذلك مع اليمين ﴿ أي في جميع المسائل سوى التي جمعناهما فيها ما صاحبي يد

والتي رجحنا فيها واحد فان اليمين على صاحب اليد لانه المنكر ﴿ قوله ﴾ والمستناة بين المالكين  
 كالجدار ﴿ لو تازعا مستناة بين نهر احدهما وارض الآخر أو بين أرضيهما أو بين نهريهما تحالفا وكانت  
 بينهما لانها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين المالكين كما صرح به كله في التذكرة ونحوه ما في التجرير  
 « - وقد وفق الله سبحانه وتمالى بمنه ويمته بركة خير خلفه سيدنا محمد وآله صلوات الله عليهم

اجمعين لاتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الاول سنة ١٢٢١ الف ومائتين واحدى وعشرين من  
 الهجرة مع تشتت الاحوال واشتغال البال بما نابنا من الخارجى المأمون في ارض نجد فانه اخترب ما اخترب  
 في الدين واما دماء الامم وتخريب قبور الأئمة المصومين عليهم صلوات رب العالمين ما غار  
 سنة ١٢١٦ سنة عشر على مشهد الحسين عليه السلام وقمل الرجال والاطفال واخذ الاموال وتاب  
 في الخضر المقدسة فخر ببناءها وهدم اركانها ثم انه بعد ذلك استولى على مكة المنرفة والمدبنة المودرة  
 وزمل بالبيع ما فعل لكانه لم يهدم قبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي السنة الحادية

والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا في

النجف الاشرف ونحن في غفلة حتى أن بعض اصحابه صلحوا

السور وكادوا يأخذون البلد فظهرة لامبر المؤمنين عليه

السلام المعجزات الظاهرة والكرامات

الباهرة فقتل من جيشه كثير

ورجع خائباً وله الحمد

على كل

حال

م

بلغ مقابلة من أول كتاب الدين الى هنا على يد الأقل محسن الحسيني العاملي عفى عنه

( بيان الخطأ الواقع في كتاب الدين من مفتاح الكرامة مع صوابه )

( ويدخل فيه الدين والرهن والحجر والضمان والحوالة والكفالة والصلح )

ليعلم أنا لم نأل جهداً في تصحيح هذا المجلد كغيره من المجلدات المطبوعة قبل الطبع وحالته ولكن الخطأ والتسبان ملازم لنوع الانسان الا من عصمه الله تعالى وقد وقعت فيه اغلاط بعضها حال الطبع وبعضها مما زاغ عنه البصر حين المقابلة قبل الطبع كما انه قد سقطت بعض الكلمات والجل من المتن الموضوع في أعلى الصفحات في النصف الاخير خاصة من هذا المجلد بسبب ان بعض المساعدين لنا نقل المتن في النصف المذكور من نفس الشرح سهواً ومعلوم ان الشرح لا يشتمل على جميع المتن وحرصاً على صحة الكتاب قابلناه مرة ثانية بعد الطبع ووضعنا هذه الطريقة الآتية لمعرفة الصواب ( فالنمرة الاولى ) للصفحة والثانية للسطر ويفصل بينهما نجمة والكلمة الاولى أو أكثر الغلط والكلمة الثانية أو أكثر الصواب ويفصل بينهما قطة فان كان يجنب الكلمة الثانية هكذا «ظ» فهو علامة على ان الظاهر انها الصواب وان كان يجنبها هكذا (خ ل) فهو علامة على انها نسخة بدل عن الاولى فان كان يجنبها هكذا (خ) فهو علامة على وجودها في بعض النسخ دون بعض وبقيت اغلاط يسيرة لا تخفى على المطالع تركناها اختصاراً

١١ \* ٢ فرض . قرض ٢ \* ٢٣ سترف . سترف ٤ \* ٥ لا ٤ \* ٢٠ وباد . وباد ٥ \* ٨  
 كان . كاد ٥ \* ٩ غيره . وغيره ٥ \* ١٩ والتذكرة وجامع المقاصد . والتذكرة ٥ \* ٣٠ المقتضي .  
 مقتضى ٦ \* ١١ الله . الله تعالى ٦ \* ٢٠ اجارة . اجارة ٦ \* ٢١ كأنه \* وكأنه ٦ \* ٢٨ يقضى .  
 يقضى ٦ \* ٣١ قريب . قريب انشاء الله تعالى ٧ \* ٤ يعفوا . يعفو ٧ \* ٢٨ معاذ . معاذ «ظ»  
 ٧ \* ٣٥ في أيضاً . في ٨ \* ٣ يأمر . يؤمر ٨ \* ٤ دون صرف . دون صرف ٩ \* ٢١ والبدن .  
 أو البدن ٩ \* ٢٨ وقال . وقال «ظ» ٩ \* ٢٩ الحظ . الحظر ١٢ \* ١٦ حجة مقدمة الواجب .  
 حجة مقدمة للواجب ١٣ \* ٩ و ١٠ و ١٠ صلي . صل ١٣ \* ١٠ فلتستأمر . فلتستأمر ١٣ \* ١٦ ان .  
 بان ١٣ \* ٢٧ ولو وجدت . ولو وجدت ١٣ \* ٣٣ النهي . المنهي ١٥ \* ١٧ جهل . جهل ١٥ \* ٣١  
 أم . أو ١٦ \* ١٠ بن . ابن ١٦ \* ٢٠ و ٢١ روى . روي ١٦ \* ٢٩ و ٣٠ و ٣١ عبد الله . عبد الله عليه  
 السلام ١٨ \* ١٢ فيا . فيا انه ١٩ \* ٣٢ المقود . والقود ٢٠ \* ١٨ ان . انه ٢٠ \* ٢٧ حاضر .  
 حاضر ٢١ \* ٦ ضبط . ضبط ٢١ \* ٦ فوق . فوق ٢٢ \* ٢١ ادري . ادري ٢٢ \* ٢٢ ظريف .  
 ظريف ٢٢ \* ٢٢ الشكلى . الشكلى ٢٤ \* ١ اقساماها . اقساماها ٢٥ \* ٢ والروض . والروض «ظ» ٢٥ \*  
 ١٣ قوى . قوى ٢٥ \* ٢٧ يد . يد ٢٩ \* ٣١ الكلام . الكلام عليه «ظ» ٣٠ \* ٢١ والمنافع .  
 والمنافع ٣١ \* ١٥ بشي . لشي ٣١ \* ١٩ بمن . بمن ٣٢ \* ١٧ وان للمقرض . وان المقرض «ظ»  
 ٣٤ \* ١٨ انه . انها ٤٠ \* ٣١ استمرة . استمرت ٤١ \* ١٢ ويدعي . ويدعي ٤١ \* ١٨ حرمة .  
 حرمت ٤١ \* ٢٧ يرجي . يرجي ٤٢ \* ٦ ولأنه . لأنه ٤٢ \* ٢٠ جملة من «ظ» ٤٢ \* ٢٢ جواد .  
 جواز ٤٣ \* ٣ تمر ٤٤ \* ١ نفعا فعد . نفعا ٤٦ \* ١٨ وظاهره . وظاهره ٤٧ \* ١٨ دون . دون ٤٨ \*  
 ٢٢ محتاج . محتاج اليه «ظ» ٤٨ \* ٢٥ الكفاية فيه . الكفاية ٥٠ \* ١١ لا يتأتى . لا يتأتى ٥١ \* ٤  
 يده . يده ٥١ \* ٥١ ان . انه ٥١ \* ٢٠ ارجاعه . ارجاعه خ ل ٥١ \* ٢٦ قاله . قاله الشيخ ٥٢ \* ٢٤  
 ما أجاب . واجاب ٥٤ \* ٢١ المضمر . المضمر ٥٤ \* ٢٤ والارشاد ٥٥ \* ١٣ يجبره .

يبدله ٥٥ \* ٢٤ النافع . النافع وغيره ٥٦ \* ٨ العقود . المفرد ٥٦ \* ٢٨ ادعي . ادعي ٥٧ \* ١٧  
 وكون . وكون القيمة ٥٩ \* ٣١ موجلا ولا معنى لاطراح . كذا في بعض النسخ والظاهر ان الصواب  
 حذف ولا معنى كما في البعض الآخر ٦٠ \* ١٧ علامه . ملاقه ٦٠ \* ٣٠ \* ١٦١ \* ١٦٦ \* ١٦٦ \* ١٦٦  
 ولو . لو ٦٢ \* ٧ ان . انه ٦٢ \* ١١ اعواضا . اعراضا خ ل ٦٣ \* ١٨ برأسها . برؤسها ٦٤ \* ١١  
 قبا . قيميا ٦٤ \* ١٩ لازما . لان ما ٦٥ \* ١٢ القرض . الفرض ٦٥ \* ١٥ والمنافع . والنافع ٦٥ \*  
 ٥ والكتات . والكتاب ٦٦ \* ٧ لا . الا ٦٦ \* ١٦ اكتفينا . اكتفيا ٦٦ \* ١٧ يخلي . يخلي ٦٩ \*  
 ١٩ الامر . الأمه ٧١ المتن هنا ساقط من أعلى الصفحة وهو هذا . (الاول) الصيغه ولا بد فيه  
 من ايجاب كقوله رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو ما أدى مناه من اللفاظ (من) ٧١ \* ٥  
 الوقوف . الموقوف ٧١ \* ١٤ يدعوا . يدعو ٧١ \* ١٩ يبي . يبي ٧٢ \* ٥ وتمنع . وتمنع ٧٣ \* ٩  
 امراض . امر آخر ٧٣ \* ١٨ الايجاب . ايجاب ٧٥ \* ٢٨ ذمت . ذمة ٧٦ \* ٨ والخلاف . الخلاف  
 ٧٦ \* ١٨ عنده ايضا . عنده رضي الله عنه ٧٧ \* ٢٠ فيقدر . فيقدر ٧٩ \* ٢١ المبيع . البيع ٨١ \* ٢ اولاً .  
 ولا ٨١ \* ٢١ واحد . واحدا ٨١ \* ٢١ صفة . صفقة ٨٢ \* ١١ لكن . لكن في ٨٢ \* ٣٠ هـ . كـ  
 هنا ٨٥ \* ١٦ البيع . المبيع ٨٨ \* ٤ الخبز . الجز ٨٩ \* ١٥ المهاباة . المهاباة ٨٩ \* ١٥ والثاني . الثاني  
 ٩١ \* ٢٣ قضية وقضية «ظ» ٩١ \* ٢٤ الارش . لا ارش ٩٢ \* ٢٠ وجمل قبل . وجمل ٩٣ \* ٢٨  
 الاستاذ الاستناد ٩٤ \* ٩ يقتضي . تقتضي ٩٤ \* ١١ قليل بل . قليل ٩٨ \* ٩ يكون . كذا في  
 النسخة والمطابق اقواعد العربية يكن أو فيكون ٩٩ \* ٥ الجوع . المجموع ٩٩ \* ١١ جزأ . جزأ  
 ١٠١ \* ٧ فباع . فبيع «ظ» ١٠١ \* ٩ وينفي . وينفي ١٠١ \* ٢٣ برهن . برهن ١٠٣ \* ٢٧ وظاهر .  
 وظاهره ١٠٤ \* ٧ مرتفعان . مرتفعان ١٠٥ \* ١٥ على . وعلى «ظ» ١٠٥ \* ٣٢ قال قال . كذا في  
 النسخة والظاهر زيادة أحدهما ١٠٦ \* ٣١ الكلام . اللام ١٠٨ \* ٢٥ تدر . ندر ١٠٩ \* ٢٥ التهذيب .  
 والتهذيب ١١٠ \* ٣ الدين . المدين ١١٠ \* ١٧ كلاما . كلاما ١١٠ \* ٢٠ الاقتصاد . الاقتصاد  
 ١١١ \* ٣١ وتفريط . تفريط ١١٢ \* ٦ تأكيذا وتفسيراً . تأكيذا وتفسيراً ١١٢ \* ١١ كالم . كالم  
 في النسخة والظاهر زيادة لو ١١٢ \* ٢٤ المذكور . المذكورة ١١٣ \* ٩ الرهن . رهن «ظ» ١١٣ \*  
 ١٨ على . وعلى «ط» ١١٤ \* ٢٣ الله . الله تعالى ١١٥ \* ٣٢ وغيره وغير ١١٦ \* ١٨ التقض  
 القص ١١٧ \* ٣ ذا . اذا ١١٨ \* ١١ قال . قالوا ١٢١ \* ٦ فارهن فارهن ١٢٢ \* ٧ كـ . ما  
 ١٢٣ \* ١١ بنى . بنى ١٢٢ \* ٢٢ والوطن والوطنى ١٢٣ \* ٣١ لان لا ١٢٤ \* ٨ موهوب .  
 موهون ١٢٤ \* ١٦ للقابل . المقابل ١٢٤ \* ١٨ في المبسوط . المبسوط ١٢٤ \* ٣٣ استسمت .  
 استسمت ١٢٧ \* ١ ووجه وجه ١٢٨ \* ١٣ بين . بين «ظ» ١٢٨ \* ١٩ نفي . نفي ١٢٩ \*  
 ٢١ الزم . لزم «ظ» ١٣ \* ٢٣ بجرايانها . بجرايانها ١٣٠ \* ٢٦ الاستفاء . الاستيثاق ١٣٤ \* ٧  
 والاحتيا . والاحتيا ل ١٣٦ \* ٢٠ الاوليتين . الاوليتين (الاوليين خ ل) ١٣٧ \* ٣٠ عقد عفا ١٣٨ \* ١٤  
 شرط . شرط ١٣٨ \* ٢٥ للصحة . الصحة ١٤٠ \* ١٤ ادعى . ادعى ١٤٤ \* ٣١ عبر . عبر  
 ١٤٥ \* ٣ اقبض اقبض ١٤٥ \* ٣٣ لكن ركن ١٤٧ \* ١٩ يجيب . يجب ١٤٩ \* ٣ يده .  
 يده يد ١٥٠ \* ١ المشروط المشروط ١٥١ \* ٢٢ بان لا كفا . بالاكفا ١٥١ \* ٢٨ تحقيق .  
 تحقق ١٥٣ \* ١ مكاتبه . مكاتبه ١٥٣ \* ١٣ صحة . صحت ١٥٥ \* ٢ لتيقن . ليقن ١٥٨ \* ١

٢٠ فالتوت . فالتوت ١٦٠ \* ٢٩ واستدامة معه فلو أشرطا . واستدامة معا فلو شرطا ١٦٠ \* ٣١  
 عبد . عبداً ١٦١ \* ١٢ لأنه . لانهما ١٦٢ \* ١٠ وتارك . وترك « ظ » ١٦٣ \* ٢ مقطوع .  
 مقطوع « ظ » ١٦٣ \* ٢ لها ١٦٣ \* ٩ الأنايه . كذا في نسختين وصحته محتملة ويحتمل أن  
 يكون الصواب الامانة ١٦٣ \* ٢٠ الى ثقة ان . الى يد ثقة ١٦٤ \* ٢ كان . كانا ١٦٥ \* ١٩ قدم .  
 وتقدم « ظ » أو كما تقدم ١٦٦ \* ٢٢ الغرض . الغرض « ظ » ١٦٧ \* ١٢ ولو لو وصليه (حاشية)  
 ١٦٧ \* ٢٣ عليهم أجمعين . عليهم ١٧٠ \* ٦ ذكر . ذكر انه « ظ » ١٧٥ \* ٢٠ أحدها . أحدهما  
 ١٧٦ \* ٢٩ لا يخلوا . لا يخلوا ١٨٠ \* ٢٨ بن . ابن ١٨٠ \* ٢٩ الظاهر . ظاهر ١٨١ \* ٥ بمصول .  
 الضرر الى . كذا في النسخة ولعل الصواب على أو بوصول الضرر الى الخ ١٨٤ \* ١٠ الجرح .  
 الجرح « ظ » ١٨٤ \* ٢٦ ميه . ميههم « ظ » ١٨٨ \* ١٩ الحل الى . الحل ١٩٠ \* ٨ بقطعة .  
 بقطعه ١٩١ \* ٢٢ يجري . يجري ١٩٢ \* ١٤ الحرير . التحرير ١٩٧ \* ١ و١٦ الجذاذ . الجداد  
 خ ل ١٩٧ \* ٢٩ وأبي علي خ ل . وأبي علي خ ٢٠٠ \* ١٨ وأبرأت . أبرأت ٢٠٠ \* ٢٢ فاسد .  
 فاسداً ٢٠٠ \* ٢٤ صلى الله عليه وآله وسلم . كذا وجد ولكن الظاهر ان الرواية امامية لانبيوه  
 فلتراجع ٢٠٠ \* ٢٦ والحرير . والتحرير ٢٠١ \* ١ بالثاني . بالباقي ٢٠٦ \* ٧ رهنا . رهنا خ ل ٢٠٦ \*  
 ٣٢ الظاهر . والظاهر ٢٠٧ \* ٣ كاذبان ( متن ) . كاذبان الا أن تقول الصغيرة لا تطعن في المدالة  
 والكذب منها ( متن ) ٢٠٨ \* ٢ للآخر . الآخر ٢٠٨ \* ٥ متقا . متقا ٢٠٨ \* ٢ والاختصاص .  
 أو الاختصاص ٢٠٩ \* ١ لو . ولو ٢٠٩ \* ١ قدم . قدم قول ٢٠٩ \* ٧٤ في تعليقه قدس سره .  
 قدس سره في تعليقه ٢١٠ \* ٢ وحلما . وخلصا ٢١٠ \* ٢٠ نفي . نفي ٢١١ \* ١ الزهن . الزهن  
 ٢١١ \* ٦ وفوضت . وفوضت ٢١١ \* ١١ بهذه . بل بهذه ٢١٢ \* ١ ولا فرق في . ولا فرق بين  
 ٢١٢ \* ٢ نو . نو ٢١٢ \* ٣ الدرهم . الدرهم درهماً ٢١٢ \* ١٩ و ٢٠ المقضي . المقضي  
 ٢١٣ \* ١ عنهما ودفع . لها فدفع خ ل ٢١٣ \* ٢ عن . من ٢١٣ \* ٣ مع . في ٢١٣ \* ٢٨ يكون  
 قد . وقد يكون ٢١٤ \* ١ رأي ( متن ) . رأي وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله ( متن ) ٢١٦ \* ٨  
 عصمه . عظيمة ٢١٧ \* ٢ نظر . فيه نظر ٢١٧ \* ٢١ تسليمه ( تسليم خ ل ) . تسليم ٢١٧ \* ٣١  
 وثانياً . وثالثاً « ظ » ٢١٨ \* ٢ وثالثاً . ورابعاً « ظ » ٢١٨ \* ٢٣ بحكم . بحكم ٢١٨ \* ٢٥ وشكا .  
 وشك ٢١٨ \* ٢٩ مشكول . مشكوك ٢١٩ \* ٣ لا حاصل . كذا في النسخة ومعناه غير ظاهر فليراجع  
 ٢١٩ \* ٢٥ لا يقوى . لا يقوى ٢٢١ \* ٢٤ للقامين . المقامين على « ظ » ٢٢٢ \* ١ وان . فان  
 ٢٢٢ \* ٣ ينفوا . ينفوا ٢٢٢ \* ١٢ اذا . اذا ٢٢٢ \* ٢٥ مقابله . مقابله خ ل ٢٢٣ \* ٨ دليل .  
 دليله ٢٢٦ \* ١ وغرامة العبد بفكه . وغرامته للعبد بفكه من الرهن ٢٢٦ \* ١ بالقية . بالقية مع  
 البذل ٢٢٦ \* ٢١ الزهن . الرهن ٢٢٨ \* ١ التخليص . التخلص خ ل ٢٣٠ \* ٢ و٢٠ بريقته .  
 بريقته ٢٣٠ \* ٣ المستوفان . المستوفاة ٢٣٢ \* ٢ فينتق . فينتق عليه ٢٣٢ \* ٢٥ لان في . لان  
 ٢٣٣ \* ٣ الحجر الحجر . الحجر وهو المنع عن التصرف ٢٣٤ \* ١ وهنا فصول الاول الصغير ويحجر  
 عليه في جميع التصرفات ( متن ) . فهنا فصول الاول في الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات ويمتد  
 بأخباره عن الاذن في فتح الباب والملك عند ايصال الهدية ( متن ) ٢٣٤ \* ٢ الصباغ . الصباغ  
 ٢٣٤ \* ٣ وحجرة . وحجر ٢٣٤ \* ١٨ الحلة . الحلة ٢٣٥ \* ١ و٦ بأمرين . بأمر الاول ٢٣٥ \*





٣١٠ \* ١٣ يأتي يوم \* من يأتي يوم ٣١١ \* ٢ \* ٢٠ الدين \* الدين ٣١١ \* ٢ وقصر \* وقصور  
 ٣١١ \* ٥ لهذا \* بهذا ٣١١ \* ١٢ شرط \* شرطاً ٣١٤ \* ٢٠ غير \* غيراً ٣١٦ \* ١ في العفو .  
 والعفو ٣١٦ \* ٤ غير \* عين ٣١٧ \* ٢٥ على . عن ٣١٨ \* ١ و ٨ اقرض \* اقترض ٣٣١ \* ١٤  
 أولا الايقاف لا . أولا لا الايقاف ٣٢٢ \* ١ خاصة . خاصة لاني حق الغراء ٣٢٤ \* ٤ ويصير .  
 ويصير ٣٢٤ \* ١٧ المقر . المقر له ٣٢٥ \* ١ القرض . المقرض ٣٢٦ \* ٢ نظر اقربه المنع . نظر  
 ٣٢٦ \* ٣ له . له الغراء ٣٢٧ \* ١ عنه . معه ٣٢٧ \* ٢٧ دية . ريبه ٣٢٧ \* ٣٢ يرفعه .  
 يرفعه ٣٢٨ \* ٢٤ استطراد لها . استطرادها ٣٢٩ \* ٢٦ البدوة . البدوة ٣٢٩ \* ٢٨ وجهه .  
 ووجهه «ظ» ٣٣١ \* ١ ثم . ثم يقسم ٣٣٣ \* ١٣ نفى . ففي ٣٣٥ \* ١٩ امان . اتمام ٣٣٦ \*  
 ٢١ بن \* ابن ٣٣٦ \* ٢٤ قارض . تمارض ٣٣٦ \* ٢٥ هناك . هنا ٣٣٧ \* ٥ وكلتدافسين .  
 أوكلتدافسين ٣٣٨ \* ١ و ١٢ الغريم \* الغريم بالدين ٣٣٨ \* ٢ على الاقوى . قطعاً له ٣٣٩ \*  
 ٣ غيره (متن) . غيره وان لم يكن سواها (متن) ٣٤٠ \* ٦ من . عن ٣٤١ \* ٢ و ١٩ المال . المال به  
 ٣٤١ \* ١٧ الغرض . الغرض ٣٤٢ \* ٣ قالوا قال . قال «ظ» ٣٤٢ \* ٢٧ يخلوا . يخلوا ٣٤٣ \*  
 ٤ بقية السلم . بقية المسلم فيه ٣٤٣ \* ٢٥ له . له الفسخ ٣٤٦ \* ٣ و ١٩ على . على حق ٣٤٨ \* ٢  
 باعه . باعها ٣٤٩ \* ٤ للعكس . العكس «ظ» ٣٥٠ \* ١ و ٢٢ عليه . عليه مثله ٣٥٠ \* ١٠  
 بقوله . بقول ٣٥٤ \* ٨ بجنس . بحسب ٣٥٤ \* ٢١ قضيته . قضية ٣٥٥ \* ٤ ولو هذا لان .  
 ولولا هذان ٣٥٧ \* ١ الملائة . الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان ٣٥٧ \* ٣ أتاح . أتاح  
 الله «ظ» ٣٥٨ \* ١ الزوجة . الزوجة من دون اذن الزوج ٣٥٨ \* ١ و ١٢ اشكال . اشكال ينشأ  
 ٣٥٩ \* ١ العتق قطعا . العتق ٣٥٩ \* ١ اذن له . اذن ٣٥٩ \* ١ و يتبع . فيتبع ٣٥٩ \* ٢٨  
 الضمون . المضمون ٣٦٠ \* ١٨ والسير \* والسير ٣٦٠ \* ٣٢ تبرع . تبرع ٣٦٢ \* ٢ الثلث .  
 الثلث والاخرس ان عرفت اشارته صح ضمانه والا فلا ٣٦٢ \* ٣ الضمان (متن) . الضمان لانه كالاداء .  
 (متن) ٣٦٣ \* ١ الضمان . الضمان لم يبطل ٣٦٥ \* ٢ المؤمنين . المؤمنين عليه السلام ٣٦٥ \* ٧  
 له عنه . له ٣٦٦ \* ١٨ ينقله . ينقله ٣٦٦ \* ٣٢ التراخي . التراخي ٣٦٧ \* ٢ المضمون . المضمون  
 به ٣٧١ \* ١ و ١٢ ما يستأزمه . ما سألزمه ٣٧٢ \* ١ و ٤ والعارية . والعارية المضمونة ٣٧٢ \*  
 ٣٢ العهد . العهد ٣٧٣ \* ٢ و ٢٥ عنه . عن ٣٧٣ \* ١٣ عزم . عزم ٣٧٥ \* ١٣ مستحا .  
 مستحاً ٣٧٧ \* ٦ عنها . عنها ٣٧٧ \* ١٣ والمهذب . في المهذب «ظ» ٣٧٧ \* ٢٠ فعلي .  
 الظاهر نقصان كلمة هنا فلتراجع ٣٧٧ \* ٢٤ عليه . عليهما ٣٧٨ \* ١ وكتاب . أو كتاب  
 ٣٧٩ \* ١ حينئذ (متن) . حينئذ ولاضمت شيئاً مما لك عليه (متن) ٣٨٠ \* ٦ فطر . نظر ٣٨٠ \*  
 ١٠ التكليف . التكلف ٣٨٠ \* ٢٢ وانه . وان ٣٨٢ \* ٣ و ١٩ مات . مات الضامن ٣٨٢ \* ٤ لم .  
 لم ذلك ٣٨٣ \* ١ ثم ان . ثم ٢٨٤ \* ٣٠ يصلح . يصلح ٣٨٥ \* ١ و ١٨ تفریط . تفریط الضامن  
 ٣٨٥ \* ١٤ الاصيل . الاصل ٣٨٥ \* ٢١ المؤمنين . المؤمنون ٣٨٥ \* ٢٣ لاداء . الاداء ٣٨٧ \*  
 ١٢ أما . أنا ٣٨٨ \* ٦ اجر . اجر ٣٨٨ \* ٢١ الرجوع الى . الرجوع ٣٨٨ \* ٢٦ احداها .  
 احدهما ٣٨٩ \* ١٢ المجازاة . المجازات ٣٩١ \* ١١ أو عين . عين او ٣٩٢ \* ٥ عن . من ٣٩٢ \*  
 ١٠ التذكرة . التذكرة ٣٩٢ \* ٢٦ فالحصته . فالحصة ٣٩٣ \* ١٥ عدم الضمان غيره كذا وجد ولعل

الصواب ضمان غيره أو الضمان من غيره ٣٩٣ \* ١٦ بوجوب . بوجود ٣٩٣ \* ٣٦ ضمان من ضمان  
٣٩٤ \* ٣ قصد . قصد ٣٩٤ \* ٣٥ وأن . فان ٣٩٥ \* ١٨ و ٢٢ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ المبرأ .  
المبرئ ٣٩٦ \* ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠  
٣٢ ان ينكر . ان ينكر الاصيل ٣٩٨ \* ٣٣ ذكرنا . ذكرناه « ظ » ١٠٤ \* ١٧ عليه . عليه انه ٤٠٢ \* ٤  
آلا المأذون . الا اذا . المأذون فيه ٤٠٣ \* ٤ او ٤ تعارضاً . تعارض ٤٠٣ \* ٢ ذمته . ذمته عن حق الدافع  
٤٠٤ \* ٢٣ فلا يؤيه به . الذي وجدناه في النسخ فلا يؤيه به ومعناه غير ظاهر وكان الصواب فلا يرد  
به أو نحو ذلك فليراجع ٤٠٥ \* ١ و ٣١ أو كونه . وكونه ٤٠٥ \* ٢١ والحلان . والحلاف ٤٠٥ \* ٢٨  
والمعطي . والمعطى ٤٠٥ \* ٢٨ يصح . تصح ٤٠٦ \* ٨ حكاية . حكاية ٤٠٨ \* ٢ و ١٧ يبرأ . يبرئه  
٤٠٩ \* ٢٣ المحيل . المحيل الى ذمة المحال ٤٠٩ \* ٢٤ المحال . المحال ٤١١ \* ٢٣ فصحة . فصحت  
٤١٢ \* ٢٧ لو . لولا ٤١٣ \* ١ لانه . لانها ٤١٣ \* ٥ المفروض من . المفروض ٤١٣ \* ١٥ انا . انا  
انا ٤١٥ \* ١ الحوالة . الحوالة ليرجع ٤١٥ \* ١٧ فتخير . فتخير ٤١٥ \* ٢٨ وانها . وانها « ظ »  
٤١٦ \* ١ ذلك . ذلك لانه كان مأذوناً في القبض بجهة فاذا بطلت في أصل الاذن والاصح عدم  
لان الاذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه ٤١٦ \* ٩ بنفسه . بنفسه ٤١٧ \* ٢٧ يقول . يقول  
٤١٨ \* ٣ من . على خ ل ٤١٨ \* ٤ بنيتة الحسية . بنيتة الحسية ٤١٩ \* ٢٥ احلافه . احلافه على  
نفي العلم ٤٢٠ \* ٢٢ وادعى . او ادعى ٤٢١ \* ١ ان قبلت . قبلت ٤٢١ \* ٤ الامط . الامط له ٤٢١  
\* ٢٨ قدح . قدحها ٤٢١ \* ٢٩ التي هي . التي ٤٢١ \* ٣٠ هنا . هنا تمدح ٤٢٤ \* ٢ ملكه فلا  
أقل من ان يكون ذلك اذ تآفي التملك . ملكه ٤٢٤ \* ٥ شهر . شهر مثلاً ٤٢٤ \* ١٧ القبض . بالقبض  
٤٢٤ \* ١٩ هذا في . هذا وفي ٤٢٥ \* ١ فرع . الرابع ٤٢٥ \* ٧ امتضي . امتضى ٤٢٦ \* ٢٥ عنه الفصل  
الثاني . عنه ولو أحال من لادين عليه على من لادين عليه فهي وكالة في الاقتراض المعدل الثالث  
٤٢٦ \* ١١ الثاني . الثالث ٤٢٧ \* ١ فعمرو . فعمرو وح ل ٤٢٧ \* ٢ الكفالة (من) . الكفالة ولو  
قال ان حثت فانا كفيل به لم يصح على اشكال (من) ٤٢٩ \* ١ وعليه . أي الصابط (حاسبه)  
٤٢٩ \* ١٨ ولم . ولم ٤٣٠ \* ١ ان الكفالة . انه لا كفالة . ٤٣٠ \* ٢ غير . غير ٤٣٠ \* ٢٤ وقضية  
. وقضية ٤٣١ \* ١ عدم . عدم كوت المكفول ٤٣١ \* ٤ شرط . شرطاً ٤٣٣ \* ٢ . ٤٣٣ \* ٢  
نفسه ٤٣٤ \* ٢ اتقى . اتقى فيهما ٤٣٤ \* ٢ بخلاف . بخلاف جلس ٤٣٥ \* ١ عن . من ٤٣٦ \* ٢  
الاحضار . الاحضار خاصة ٤٣٦ \* ١ وكذا . وكذا الى كذا ٤٣٦ \* ٢٣ عن . عن ٤٣٧ \* ٢٣ ان . ان  
ان في ٤٣٨ \* ٢٥ فافترقا كذا . فافترقا ٤٣٩ \* ١٥ خ . انه ما ٤٤٠ \* ٨٥ كذا وجد  
ولعل الصواب عليه اي اذا باع الدين على المدينون نفسه (محس) ٤٤٠ \* ٢٥ فلو . فلو « ظ »  
٤٤٢ \* ١ المال . المال قهراً ٤٤٤ \* ١ لوقال . الخامس لوقال ٤٤٥ \* ٧ المرأين المرين ٤٤٦  
\* ١ لو هرب . السادس له هرب ٤٤٦ \* ٢ صب . ال اصب ٤٤٦ \* ٨ المبرأ . المبرأ ٤٤٦ \* ١٥  
مع فرقة لا ينفق وقوع خلل في العادة الى فواته الكاب فاة ا ح (ص) ٤٤٧ \* ١ له أسلم .  
الثامن له أسلم ٤٤٧ \* ١٢ و ١٢ حتى . حتى « ظ » ٤٤٨ \* ١ انكالم . انكالم (من) . اسكال وفيها الو كان  
ضماً فانه لا ينفذ باسلام المضمون عنه وفي ربيع الصامس المأذون عليه البيعة دار (من) ٤٤٨ \*  
١٦ الكرل . الكرل له « ظ » ٤٤٨ \* ٢٨ هل . هل هو « ظ » ٤٤٩ \* ١ لو . المامع له ٤٥١

\* ٢ الابقاء . الاتقاء \* ٤٥١ \* ٩ ضمنا . ضمنا \* ٤٥١ \* ٣١ المركبان . الر كبان \* ٤٥٣ \* ١ الاقرب \*  
 العاشر الاقرب \* ٤٥٣ \* ١ وغيرها بدأ . او غيرها رأ \* ٤٥٣ \* ٢ لوادى . الحادي عشر لوادى \* ٤٥٤ \* ٦  
 وقضية . وقضيته \* ٤٥٥ \* ١٤ حقيقة . حقية \* ٤٥٦ \* ٤ رضا . الرضا خ ل \* ٤٥٧ \* ١٨ اختيار . خيار \* ٤٥٨  
 \* ١ والانكار اجماعا . والانكار \* ٤٥٨ \* ٦ من . عن « ظ » \* ٤٥٩ \* ٨ يخلوا . يخلوا \* ٤٦١ \* ٩ وكان له .  
 كان \* ٤٦٢ \* ٢٩ يراً . برئ \* ٤٦٢ \* ٣١ بنقص . بنقص \* ٤٦٣ \* ٣١ كما اذا . كما \* ٤٦٣ \* ٣١ و  
 عمر . عمرو \* ٤٦٣ \* ٣٢ شراؤه . شراؤه منه \* ٤٦٦ \* ١ من . عن خ ل \* ٤٦٧ \* ١٤ افشار . فأشار \* ٤٦٧ \*  
 ٢٦ منشاؤه . منشاؤه \* ٤٦٨ \* ١ و اقرار . اقرارا \* ٤٦٨ \* ١٢ تصح . يصح \* ٤٦٨ \* ٢٢ يريد . يريد  
 \* ٤٦٩ \* ١٧ البينة . النسبة \* ٤٦٩ \* ١٩ بقاؤها . بقاؤها \* ٤٦٩ \* ٢١ حسنة . حسنة \* ٤٦٩ \* ٣٢  
 لانه . ولانه \* ٤٧٠ \* ٧ تقريره . وتقريه « ظ » \* ٤٧٠ \* ١٨ علم . علماً \* ٤٧٠ \* ٢٧ ان الذمة يكون  
 هبته . أن يكون هبة \* ٤٧٠ \* ٣٠ معنى . الذمة معنى \* ٤٧١ \* ١ صرفا ولو ظهر استحقاق أحد العوضين  
 بطل الصلح \* ٤٧١ \* ١٦ وباقائه . وباقادته \* ٣٧٣ \* ٣١ تجديد . تجديد \* ٤٧٤ \* ١ و ١٦ بها . بها  
 الدرب \* ٤٧٤ \* ١٠ غالباً . عالياً \* ٤٧٦ \* ١٨ مملك . ملك \* ٤٧٧ \* ٢٦ أحدهما . أحدهما \* ٤٧٨ \* ١٠  
 أحدهما . أحدهما \* ٤٧٨ \* ١٧ ولعله خ . ولعله « ظ » \* ٤٧٩ \* ٩ الاجال . الاحال \* ٤٧٩ \* ١٦  
 الارتفاق . الارتفاق \* ٤٨١ \* ٥ بمكانه . بمكانة \* ٤٨٢ \* ٢ الاعارة . الاعارة لو استعاره الجار \* ٤٨٣ \*  
 ١ افتقر . افتقر في تجديد الوضع \* ٤٨٤ \* ١ شرط . بشرط التمين \* ٤٨٥ \* ٣ الدولاب . وكذا  
 لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب خ ل \* ٤٨٧ \* ٣ يزيد . يزيد \* ٤٨٧ \* ٧ نهي . نهي \* ٤٨٧ \*  
 بة . خشبه \* ٤٨٧ \* ٣١ نفس . نصف \* ٤٨٨ \* ٩ عليها . عليها \* ٤٨٩ \* ٧ ان أراد . وان أراد \* ٤٨٩ \*  
 \* ٤٨٩ \* ٨ خيطاً . خطأ « ظ » \* ٤٨٩ \* ٢٩ و ٣٠ سيئته . سيئته \* ٤٩٠ \*  
 ذلك \* ٤٩٠ \* ٣ لو . ولو \* ٤٩٠ \* ٣ سبب . بسبب \* ٤٩١ \* ١٦ الاستكان .  
 الاستكان \* ٤٩١ \* ٢ روع . روعه الاول \* ٤٩٢ \* ١ لا يجوز . الثالث لا يجوز \* ٤٩٢ \* ١٠ معتضد .  
 معتضداً \* ٤٩٢ \* ١٣ بالاعيان خ . بالاعاء « ظ » \* ٤٩٢ \* ١٥ المر . المر الذي \* ٤٩٣ \* ٤ اقرار .  
 اقرارا \* ٤٩٣ \* ٢٥ اليها . اليه \* ٤٩٥ \* ٤ شره . شره \* ٤٩٥ \* ٣٣ وكان . وكانت \* ٤٩٦ \* ١٠ ويعطي .  
 ويعطي \* ٤٩٦ \* ١ الباقي ( متن ) . الباقي مع التثبت ( متن ) \* ٤٩٦ \* ١٠ قضى . قضى \* ٤٩٧ \* ١ من  
 اثنين . عن اثنين \* ٤٩٨ \* ٣ وذ كروها . وذ كروها \* ٤٩٨ \* ٢٢ ما . ما \* ٥٠١ \* ٢٣ وكثير . وكثيرا  
 \* ٥٠٢ \* ٢١ الملابس . الملابس \* ٥٠٢ \* ٢٢ ثبات . ثياب \* ٥٠٢ \* ٣٠ بانه كذا . بانها « ظ » \* ٥٠٣ \*  
 ١ اذا . واذا \* ٥٠٣ \* ٢ المنكر وبراء . المنكر من الخصومة وبراء له \* ٥٠٣ \* ٣٠ علمين . علمين \* ٥٠٤ \*  
 ٧ وقد . قد خ ل \* ٥٠٦ \* ١٢ والاستحقاق . استحقاقه \* ٥٠٦ \* ١٨ ابرؤها . ابراءها \* ٥٠٦ \* ٢٧  
 سبحانه وتعالى . سبحانه \* ٥٠٧ \* ١ لو . ولو \* ٥٠٧ \* ٣٠ وقته . وقبة \* ٥٠٨ \* ٢ والكتابات . والكتابات  
 بخص أو أجر \* ٥٠٨ \* ١٠ بالخطيرة بالخطيرة \* ٥٠٨ \* ١٤ حكى . حكى \* ٥٠٩ \* ٣ امتداده . امتداده في المو  
 \* ٥١٠ \* ٢٦ قضى . قضى \* ٥١٢ \* ١٤ سبحانه وتعالى . سبحانه \* ٥١٢ \* ١٨ سنة عشر . ستة عشر  
 \* ٥١٢ \* ٢٣ فظهرة . فظهرت ﴿ تنبيه ﴾ وقع في عدة صفحات عند ذكر التصلية والتسليم هكذا  
 ( صلى الله عليه وسلم ) وصوابه ( صلى الله عليه وآله وسلم ) وذلك في صفحة ٣ سطر ١٥ و ١٦ و ١٨ و ص  
 ٤ س ٩ و ٢٠ و ص ٦ س ٨ و ص ٧ س ٢٧ و صفحة ٩ س ١٥ و ص ٣١ س ١٠ و ص ٤١ س ٣ و ص



